

Zur Geschichte und Theorie des Globalen Konstitutionalismus: Gegenwärtige Herausforderungen des Globalen Konstitutionalismus

Kumm, Mattias

Veröffentlichungsversion / Published Version

Sammelwerksbeitrag / collection article

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB)

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Kumm, M. (2019). Zur Geschichte und Theorie des Globalen Konstitutionalismus: Gegenwärtige Herausforderungen des Globalen Konstitutionalismus. In J. Nida-Rümelin, D. v. Daniels, & N. Wloka (Hrsg.), *Internationale Gerechtigkeit und institutionelle Verantwortung* (S. 105-138). Berlin: De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110615876-008>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-SA Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-SA Licence (Attribution-NonCommercial-ShareAlike). For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

Kumm, Mattias

Book Part — Published Version

Zur Geschichte und Theorie des Globalen Konstitutionalismus. Gegenwärtige Herausforderungen des Globalen Konstitutionalismus

Provided in Cooperation with:
WZB Berlin Social Science Center

Suggested Citation: Kumm, Mattias (2019) : Zur Geschichte und Theorie des Globalen Konstitutionalismus. Gegenwärtige Herausforderungen des Globalen Konstitutionalismus, In: Nida-Rümelin, Julian Daniels, Detlef von Wloka, Nicole (Ed.): Internationale Gerechtigkeit und institutionelle Verantwortung, ISBN 978-3-11-061587-6, De Gruyter, Berlin, pp. 105-138, <http://dx.doi.org/10.1515/9783110615876-008>

This Version is available at:
<http://hdl.handle.net/10419/213093>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Mattias Kumm

Zur Geschichte und Theorie des Globalen Konstitutionalismus. Gegenwärtige Herausforderungen des Globalen Konstitutionalismus

Die politischen Ursprünge des modernen Konstitutionalismus liegen im 18. Jahrhundert, genauer: in der Amerikanischen und der Französischen Revolution. Wenngleich die Implikationen dieser zunächst auf staatliche Ordnungen bezogenen Revolutionen für die Theorie und Praxis der globalen Ordnung im 18. Jahrhundert Gegenstand intensiver Debatten waren, verhinderte der Sieg konservativer Mächte über Napoleon und die daraus resultierende Ordnung des Wiener Kongresses eine Entwicklung des Internationalen Rechts, die plausibel mit den revolutionären Ideen des 18. Jahrhunderts in Verbindung gebracht werden könnte. Auch wenn sich im Laufe des 19. Jahrhunderts konstitutionelle Formen und der Bezug zum Volk als letzte Legitimationsbasis in Europa auf staatlicher Ebene zunehmend durchsetzten, hatte sich der damit einhergehende Nationalismus und Imperialismus nach den gescheiterten Revolutionen von 1848 von den ursprünglichen emanzipatorischen revolutionären Ideen getrennt. Diese Entwicklung ging auf internationaler Ebene einher mit einem zunehmend formalen, stark souveränitätsbezogenen Verständnis des Internationalen Rechts. Erst im 20. Jahrhundert, mit dem Zusammenbruch der alten Ordnung nach dem Ersten Weltkrieg, begannen vereinzelt Rechtswissenschaftler, das sich nunmehr dynamisch entwickelnde Völkerrecht mit seinen neuen Institutionen im Lichte einer konstitutionalistischen Theorie zu deuten. Kurzfristig angefeuert durch die ambitionierten Weltordnungspläne und Institutionsgründungsprojekte der Roosevelt-Administration in den 1940er Jahren während des Zweiten Weltkriegs, fand diese Entwicklung durch den heraufziehenden Kalten Krieg schon in den späten 1940er Jahren ein Ende. Erst nach dem Kalten Krieg, in den 1990er und 2000er Jahren setzten rechtliche Entwicklungen ein, die ein erneutes, diesmal nachhaltigeres und im Hinblick auf inhaltliche Breite wie Tiefe weitaus umfassenderes

Dies ist eine überarbeitete Version eines zuerst auf Englisch erschienen Beitrages (Kumm 2018). Ich bedanke mich bei Herrn Peter Schwarz für seine maßgebliche Unterstützung bei der Übersetzung.

Interesse an einem konstitutionalistischen Verständnis der globalen Ordnung begründeten (s. z. B. Lang/Wiener 2017 sowie Peters 2015, S. 1–4).¹

Konstitutionalistische Ideen sind ein zentraler Teil der Geschichte des westlichen juristischen und politischen Denkens. Auf globaler Ebene sind sie jedoch eng mit Zeiten westlicher Hegemonie verbunden. Weshalb sollte sich das universalistische Projekt eines Globalen Konstitutionalismus wesentlich von anderen als universalistisch behaupteten Projekten des Westens, wie z. B. dem Christentum oder der Idee der „westlichen Zivilisation“, unterscheiden – Projekten, die stets bestimmte Interessen und kulturelle Praktiken als universell ausgaben, um hegemoniale Ambitionen zu begründen und zu rechtfertigen? Kann ein vom Westen ausgehender Globaler Konstitutionalismus hinreichend zivilisatorisch und kulturell inklusiv sein? Und selbst wenn – kann er relevant bleiben, wo die Hegemonie des Westens längst schwindet und sich das Machtgleichgewicht zugunsten anderer Regionen, allen voran Asien, verschiebt?

Um auf eben diese Fragen einzugehen, soll im Folgenden versucht werden, einige grundsätzliche Ideen zu entwickeln, die den Weg in Richtung einer affirmativen Genealogie des Globalen Konstitutionalismus weisen sollen. Der Begriff der affirmativen Genealogie lässt sich dabei am besten mit Blick auf zwei verwandte, jedoch im Kern voneinander zu unterscheidende Konzeptionen verstehen: die Konzeption der kritischen Genealogie einerseits und die des Fortschrittsnarrativs andererseits. Aufbauend auf den Werken Nietzsches und Foucaults bedient sich die kritische Genealogie der historischen Analyse, um die Entstehung von Konzepten nachzuvollziehen und ihre Verwendung als diskursive Ausübung von Macht aufzudecken. Die Stoßrichtung einer solchen Genealogie ist eine delegitimierende. *Affirmative* Genealogien hingegen versuchen, die Plausibilität normativer Forderungen und ihren emanzipatorischen Sinn durch die Analyse des Kontexts ihrer Entstehung und ihrer diskursiven Verwendung aufzuzeigen.² Solche affirmativen Genealogien unterscheiden sich von Fortschrittsnarrativen insofern, als sie weder eine zeitgebundene Unausweichlichkeit oder Linearität von Fortschritt postulieren, noch in Abrede stellen, dass die in Frage stehenden Konzepte und Ideen einer missbräuchlichen oder hypokritischen Verwendung offenstehen. Ungeachtet ihres affirmativen Charakters erfassen affirmative Genealogien die Komplexität, die Fragilität und die Ambivalenzen von

1 Beispielhaft für das breite Spektrum konstitutionalistischer Literatur steht auch die seit 2012 bei Cambridge-University Press erscheinende Zeitschrift *Global Constitutionalism*.

2 Hier folge ich nur teilweise Hans Joas (2013, Kap. 4), dessen generelle Verortung der Idee einer affirmativen Genealogie zwischen Kant und Nietzsche einerseits und, in ihrer modernen Erscheinungsform, Habermas und Foucault andererseits ich teile, ohne mich dabei auf die eher verworrenen Ideen von Ernst Trölsch stützen zu wollen.

Fortschritt wesentlich differenzierter als Fortschrittsnarrative, ohne dabei die Möglichkeit einer voranschreitenden Ausbestimmung und raumzeitlichen Realisierung normativer Ideale aufzugeben.

Im Folgenden soll ein erster Teil des Beitrags den Begriff des Globalen Konstitutionalismus klären und in seinem historischen Kontext verorten. Im zweiten Teil sollen einige zentrale historische Ereignisse und Problemstellungen skizziert werden, die die Geschichte des Globalen Konstitutionalismus im Hinblick auf den asiatischen Raum betreffen. Abschließend soll dann zusammengefasst und gezeigt werden, dass und inwiefern diese historischen Begebenheiten dazu beitragen, einer kritisch-affirmierenden Akzeptanz der universalistischen Forderung konstitutionalistischer Ideale das Fundament zu bereiten. Der Globale Konstitutionalismus kann, ungeachtet seiner historischen und ideengeschichtlichen Ursprünge im „Westen“, zivilisatorisch und kulturell inklusiv sein; und ob die schwindende Hegemonie des Westens und die Verlagerung des Machtgleichgewichts in Richtung Asien den Globalen Konstitutionalismus stärkt oder schwächt, ist eine Frage, die davon abhängt, welches Selbstverständnis, welche Ideen und Interessen für maßgebliche Akteure in Asien wesentlich sind. Das aber ist eine offene Frage.

1 Was ist der Globale Konstitutionalismus?

A Zum Begriff des Globalen Konstitutionalismus

Der Globale Konstitutionalismus ist kein politisches Projekt, das beabsichtigt, einen auf einer globalen Verfassungsordnung gegründeten Weltstaat zu errichten. Es ist auch nicht der Versuch, bestehende völkerrechtliche Strukturen als Äquivalente oder Analogien innerstaatlicher Verfassungsregimes zu beschreiben. Der Globale Konstitutionalismus ist nicht staatsfixiert, wenngleich er die zentrale Rolle anerkennt, die Staaten sowohl in der Lebensrealität von Menschen als auch im völkerrechtlichen Kontext zukommt.

Als politisches Projekt ist der Globale Konstitutionalismus darauf ausgerichtet, die politischen Bedingungen für die Herrschaft legitimen Rechts auch jenseits des Staates als Projekt Freier und Gleicher zu ermöglichen. Als rechtstheoretischer Ansatz rekonstruiert und interpretiert der Globale Konstitutionalismus existierendes Recht als Versuch, eine solche Herrschaft zu ermöglichen. Ein solcher Ansatz liefert einen kognitiven Rahmen (Kumm 2009), bzw. ein Mindset (Koskeniemi 2007) für die Rekonstruktion, Interpretation und progressive Entwicklung des Rechts. Ein rechtstheoretischer Ansatz ist nicht mit einer vollständig ausformulierten Theorie des Rechts gleichzusetzen; innerhalb eines

rechtstheoretischen Ansatzes bleibt Raum für konkurrierende Theorien verschiedener Rechtsgebiete oder rechtlicher Problemstellungen.³ Auch wird kaum jeder Jurist über eine vollumfängliche Theorie des Rechts oder seiner Teilgebiete verfügen; wohl aber wird jeder Jurist bzw. jede Juristin über einen spezifischen kognitiven Rahmen oder ein bestimmtes Mindset als Grundlage seiner oder ihrer spezifischen juristischen Praxis verfügen. Rechtsmaterial selbst löst noch keine Rechtsfragen. Einer solchen Lösung stets vorgelagert sind Fragen nach dem, was überhaupt als Rechtsquelle gilt, der Methode ihrer korrekten Interpretation, der Lösung sich ergebender Normenkollisionen usw. Im Hinblick auf diese Fragen ist es der kognitive Rahmen (oder das Mindset), welcher erstens dazu befähigt, unvollständiges oder ungeordnetes Material als Teil einer rechtlichen Ordnung zu beschreiben; zweitens einen relativ konkreten Maßstab herausbildet, um zu beurteilen, welche Art von Argumenten im jeweils gegebenen Kontext als plausibel und überzeugend gelten; und drittens ein erhebliches Maß an innerer Kohärenz und Bestimmtheit sicherstellt. Für gewöhnlich internalisieren Juristen einen solchen kognitiven Rahmen oder ein solches Mindset im Prozess ihrer akademischen Sozialisation, weshalb sie häufig von sich glauben, über keinen übergeordneten, rechtlich-kognitiven Rahmen oder kein solches Mindset zu verfügen, und vermeintlich einfach nur das tun, was man als Jurist tut: *to think like a lawyer*. Sobald jedoch die in der Rechtswissenschaft wirksamen zugrundeliegenden kognitiven Rahmen und Mindsets ins Bewusstsein gehoben und zum Gegenstand expliziter Reflexion und argumentativer Erörterung gemacht werden, nehmen sie die Gestalt rechtstheoretischer Präsuppositionen an. Kognitive Rahmen oder Mindsets sind somit – als rechtstheoretische Annahmen ausbuchstabiert – die reflexive Form eines professionellen Selbstverständnisses. Streit unter hochqualifizierten Juristen – etwa unter Rechtswissenschaftlern namhafter Universitäten oder Richtern höchster Gerichte – hat selten etwas damit zu tun, rechtlich relevante Fakten oder Argumente zu identifizieren. Ein solcher Meinungsstreit ist typischerweise ein Streit um die Gewichtung der relevanten Tatsachen und Argumente. Die Frage wiederum, welche Gewichtung angemessen ist, hängt von den jeweiligen rechtstheoretischen Annahmen ab. Damit stehen implizit fundamentale rechtstheoretische Fragen im Zentrum rechtswissenschaftlichen Meinungsstreits.

³ Dies erklärt zumindest teilweise die Differenzen zwischen Globalen Konstitutionalisten wie u. a. Anne Peters, Geir Ulfstein, Miguel Maduro, Jan Klabbers, Yoon Jin Shin, Daniel Halberstam und mir.

Die im Völkerrecht mit dem Globalen Konstitutionalismus konkurrierenden zeitgenössischen⁴ internen⁵ rechtstheoretischen Ansätze sind entweder *voluntaristisch* oder *konventionalistisch*. Voluntaristische Ansätze postulieren, dass die Bindungswirkung des Internationalen Rechts für die jeweiligen Staaten auf der Einwilligung des betreffenden Staates beruht. Für voluntaristische Ansätze stellt daher das Vertragsrecht die paradigmatische Form des Völkerrechts dar, während das Völkergewohnheitsrecht auf dem Prinzip impliziten Konsenses beruht und allgemeine Rechtsgrundsätze eine vergleichsweise unbedeutende Auffangkategorie für triviale oder ansonsten unumstrittene Rechtssätze bilden. Konventionalistische Ansätze wiederum führen jegliches Recht auf Konvention zurück. Dementsprechend gilt innerhalb solcher Ansätze das Völkergewohnheitsrecht als rechtliches Paradigma. Verträge spielen dabei eine wichtige Rolle in der Herausbildung und Ausbestimmung von Gewohnheitsrecht, während ihnen zugleich eine unabhängige, transaktionale Rolle gemäß dem gewohnheitsrechtlichen Prinzip *pacta sunt servanda* zukommt. Allgemeine Rechtsgrundsätze gehen in einer solchen Betrachtung zum Großteil in Gewohnheitsrecht auf und spielen dementsprechend eine untergeordnete Rolle. Der global konstitutionalistische Ansatz geht davon aus, dass bestimmte allgemeine Prinzipien für das Völkerrecht konstitutiv sind und dass der Inhalt dieser Prinzipien z.T. durch Konventionen geformt und ausbestimmt wird, insofern diese dort Uneinigkeiten schlichten, wo die Bedeutung dieses Inhaltes in begründetem Zweifel steht. Multilaterale Übereinkünfte gelten dabei zum einen als Teil des Prozesses, Gewohnheitsrecht zu etablieren, und sind zum anderen deshalb normativ signifikant, weil sich in ihnen die moralische Signifikanz der das Selbstbestimmungsrecht der Völker realisierenden Möglichkeit transaktionaler Beziehungen zwischen Staaten innerhalb eines generellen öffentlich-rechtlichen Rahmens manifestiert. Man beachte, dass alle diese drei Ansätze Verträge, Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze als Rechtsquellen betrachten. In der Praxis sind die meisten Rechtsfragen typischerweise nicht unmittelbar von möglicherweise bestehenden fun-

4 Der historische Vorgänger des Völkerrechts, das *Ius Publicum Europaeum*, entwickelte sich entweder aus der naturrechtlichen Tradition der christlichen Scholastik (von Vittoria und Suarez zu Grotius) oder aus den zivilisatorischen, historizistischen oder naturalistischen Theorien des 19. Jahrhunderts (s. Koskeniemi 2001).

5 Intern sind diese Ansätze insofern, als sie alle die Idee einer internen Perspektive des Rechts ernstnehmen. Verschiedene „kritische“ Ansätze, wie z. B. der Marxismus, der Post-Kolonialismus, der Feminismus etc. nähern sich dem Völkerrecht von einem externen Standpunkt aus und reflektieren beispielsweise, wie das Recht bereits bestehende Machtstrukturen entlang der Trennlinien von Geographie, Klasse oder Gender reifiziert. Einen interessanten dritten Ansatz, der sich weder als vollständig intern noch extern beschreiben lässt, bilden poststrukturalistische Theorien wie die von Kennedy (1987) und Koskeniemi (2006) entwickelten.

damentalen Differenzen zwischen jeweils zugrundeliegenden rechtstheoretischen Ansätzen berührt. Qualifizierte Juristen können sich auf vieles verständigen – schlicht deshalb, weil sie qualifizierte Juristen sind. In dogmatischen Debatten über Rechtsquellen und sonstige grundlegende Fragen ist die Unterschiedlichkeit der Positionen hingegen häufig auf verschiedene rechtstheoretische Ansätze zurückzuführen. Man betrachte exemplarisch Debatten über *ius cogens*. Es ist heutzutage unumstritten, dass es Normen gibt, denen ein *ius cogens*-Status zukommt; unumstritten sind auch bestimmte paradigmatische Beispiele für derartige Normen, wie z. B. das Genozidverbot. Der *ius cogens*-Begriff samt seiner Kern-Instanzierungen ist sowohl wesentlicher Bestandteil dessen, worauf Staaten sich geeinigt haben, als auch eine akzeptierte Konvention und als grundlegendes Prinzip gerechtfertigt; es herrscht folglich darüber grundlegende Einigkeit, unabhängig vom gewählten rechtstheoretischen Ansatz. Nicht nur im Hinblick auf die Frage aber, welche Normen genau als *ius cogens* zu gelten haben, sondern auch darauf, wie diese allererst aufzufinden sind, besteht zwischen Voluntaristen, Konventionalisten und Konstitutionalisten Uneinigkeit. Um ein stilisiertes Extrembeispiel zu bemühen: Im Rahmen der ersten *Kadi*-Entscheidung urteilte das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) in einem *obiter dictum*, dass jede eindeutige und schwerwiegende Verletzung eines abstrakten Menschenrechts, einschließlich des Eigentumsrechts oder des Rechts auf Zugang zu einem Gericht, eine Verletzung von *ius cogens* darstellt.⁶ Weder Voluntaristen noch Konventionalisten waren von dieser Rechtsauffassung zu überzeugen, da aus keiner der beiden Perspektiven hinreichend Anhaltspunkte gegeben waren, die eine solche Auffassung zu stützen vermochten. Aus konstitutionalistischer Sicht hingegen sprechen gewichtige Gründe dafür, eine solche Rechtsauffassung ernst zu nehmen. Wenn Menschenrechte konstitutive allgemeine Rechtsgrundsätze der globalen Rechtsordnung darstellen, dann scheint eine Auffassung vollständig plausibel, die jeden Akt oder jede Übereinkunft, welche einen solchen Grundsatz eindeutig und schwerwiegend verletzt, für nichtig erklärt.

Dieses Beispiel veranschaulicht, wie verschiedenen rechtstheoretischen Ansätze nicht nur ein unterschiedliches Verständnis der Grundlagen des Internationalen Rechts zugrunde liegt, sondern dass diese unterschiedlichen Verständnisse auch unmittelbare Implikationen für die Interpretation des Rechts haben.⁷ An dieser Stelle soll genügen, dass der Globale Konstitutionalismus als einer von mehreren rechtstheoretischen Ansätzen definiert worden ist, der als solcher mit

⁶ S. Fall T-306/01, Yusuf and Al-Barakaat Int'l Found. V. Council and Comm'n, 2005 E.C.R. II-03649, Paragraphen 343–345.

⁷ Hierin folge ich Dworkin (1985).

Blick auf das Internationale Recht mit anderen rechtstheoretischen Ansätzen konkurriert, ferner plausibel gemacht zu haben, dass rechtstheoretische Ansätze nicht nur von theoretischem Interesse sind, sondern häufig im Zentrum dessen liegen, was in der juristischen Praxis kontrovers ist. Was aber sind die allgemeinen Grundsätze des Konstitutionalismus, die konstitutiv für das Internationale Recht sind?

B Globaler Konstitutionalismus: Allgemeine Grundsätze

Zwischen dem Ende des Ersten und dem Ende des Zweiten Weltkriegs fand eine fundamentale Transformation des Völkerrechts statt.⁸ In der Zeit zwischen den jeweils aus den Erschütterungen des Ersten und Zweiten Weltkriegs resultierenden Gründungen des Völkerbundes und der Vereinten Nationen waren die rechtliche und die politische Welt grundlegend neu geordnet worden. Unter der Führung der Vereinigten Staaten traten die Alliierten sowie Repräsentanten anderer Staaten gleichsam als revolutionäre Vertreter der internationalen Gemeinschaft auf, um das Fundament einer neuen rechtlichen und politischen Ordnung zu legen, welche sich letztlich auf Prinzipien gründen sollte, die dem Völkerrecht bis dahin fremd gewesen waren: konstitutionalistische Prinzipien nämlich, welche genealogisch mit den grundlegenden normativen Bekenntnissen der Amerikanischen und Französischen Revolutionen des 18. Jahrhunderts verbunden und im 19. und 20. Jahrhundert in den meisten europäischen Staaten umkämpft gewesen waren. Mit dem Sieg der Alliierten wurden diese Prinzipien zumindest abstrakt anerkannt, wenn auch nur zum Teil in regelförmig-institutioneller Form rechtlich konkretisiert. In der Zeit des Kalten Krieges, aber vor allem danach, sollte die rechtliche Konkretisierung weitergehen. Das Bekenntnis zu Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechten wurde nun erstmals auch zu einem zentralen Element des Völkerrechts. Zweifellos gab es im Völkerrecht auch strukturelle Kontinuitäten: Sowohl vor 1918 als auch nach 1945 waren und sind die Staaten die zentralen Akteure des internationalen Gefüges. Die grundlegenden Institutionen und Normen der neuen Ordnung fanden zudem ihre formale rechtliche Grundlage überwiegend in völkerrechtlichen Verträgen. Auch waren, wie bei anderen Revolutionen auch, viele Rechtsgebiete nicht direkt und unmittelbar von dieser Transformation betroffen. Aber diese Elemente struktureller

⁸ Die gesamte Periode von 1918 bis 1945 als Transformationsperiode zu beschreiben, bedeutet nicht, diese Transformation als 27 Jahre währenden graduellen Prozess zu betrachten. Der Zweite Weltkrieg und insbesondere sein Ende lassen sich entweder als Bruchstelle oder aber als Beschleunigung und Dynamisierung des Transformationsprozesses seit 1918 charakterisieren.

Kontinuität verbergen mehr, als sie offenbaren. Drei grundlegende strukturelle Charakteristika der neuen Weltordnung rechtfertigen es, von einem revolutionären Wandel zu sprechen und diesen Wandel mit dem Konstitutionalismus zu verknüpfen.

Erstens hatte die 1945 erfolgte Einführung des *Selbstbestimmungsrechts der Völker als allgemeinem Rechtsgrundsatz*⁹ letztendlich den Niedergang des Imperialismus europäischer Prägung zur Folge und führte so erstmals zur *tatsächlichen Universalisierung von Staatlichkeit*. Rechtssubjekte der internationalen Ordnung waren nun nicht mehr europäische Staaten, die um die Aufteilung der Welt konkurrierten und sich dabei des Völkerrechts als Mittel in ihrem „großen Spiel“ der Errichtung und des Vormachtstrebens ihrer Imperien bedienten. Ebenso wenig ging es lediglich darum, den Kreis dieser Rechtssubjekte sukzessive um diejenigen Mächte zu erweitern, denen die Westmächte ein hinreichendes Maß an *Zivilisiertheit* zugestanden. Stattdessen führte die Einführung des Selbstbestimmungsrechts als allgemeinem Rechtsgrundsatz der UN-Charta gerade vor dem Hintergrund des in den 1940er Jahren beginnenden und in den 1950er und 1960er Jahren Geschwindigkeit aufnehmenden Prozesses der Dekolonisation zur vollständigen Universalisierung von Staatlichkeit und förderte so die Beseitigung der primären Formen der durch das traditionelle Völkerrecht ermöglichten Fremdherrschaft. 51 Nationen wurden Gründungsmitglieder der Vereinten Nationen. Heute umfasst die Staatengemeinschaft 193 formal gleichberechtigte, souveräne Mitglieder. Ein großer Teil dieser Veränderung ist auf das Ende des Kolonialismus und die Verwirklichung des Prinzips der Selbstbestimmung zurückzuführen. Natürlich war der Prozess der Dekolonialisierung in der Regel ein Prozess des politischen Kampfes und nicht das Ergebnis des Einklagens rechtlicher Garantien. Aber die rechtliche Delegitimierung des Kolonialismus durch die UN-Charta und später auch die Resolutionen der Generalversammlung spielten mehr als nur eine den Prozess begleitende Rolle.

Zweitens wurde die Idee der Staatlichkeit einer radikalen Neubestimmung unterzogen. Ihre primäre Funktion im Binnenverhältnis war nun menschenrechtsbezogen – gewissermaßen die interne Dimension der Selbstbestimmung. Staaten hatten als institutionelle Form kollektiver Selbstbestimmung Menschenrechte zu achten, zu schützen und zu erfüllen. Nach 1945 waren Staaten durch Recht daran gebunden, Menschenrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze zu

⁹ Um sein transformatives Potenzial zu begrenzen und britische wie französische Vorbehalte zu berücksichtigen, wurde dieses Prinzip von internationalen westlichen Gelehrten zu einem „politischen Prinzip“ erklärt, bis es, z.T. als ungeduldige Reaktion auf eine solche Herabstufung, als „Recht auf Selbstbestimmung“ wiederbelebt und 1966 in Art. 1 IPbpR und IPwskR festgeschrieben wurde.

achten, wie sie in der UN Charta abstrakt formuliert und durch ihre Ausbestimmung in der UN-Menschenrechtscharta (AEMR) von 1948 und in mehreren in den 1960er Jahren ausgehandelten multilateralen Übereinkünften wie dem UN-Zivilpakt (IPbpR) und dem UN-Sozialpakt (IPwskR) konkretisiert wurden. Während die Dekolonisierung Weltreiche zu Fall brachte und die Außenwirkung des Selbstbestimmungsrechts betraf, indem sie bestimmte Formen von Fremdherrschaft rechtlich delegitimierte, ging es hinsichtlich ihrer Binnenwirkung um die Struktur von Regierungsinstitutionen und den Status des Individuums. Nachdem die Dekolonisierung in den 1970er Jahren an ihrem primären Ziel angelangt war, kam den Menschenrechten eine immer wichtigere Rolle als weithin verbreitete *lingua franca* der Kritik und der Reform staatlicher Praxis zu.

Der Staat selbst galt fortan nicht mehr bloß als eine effektive territoriale Herrschaftsgewalt über Territorium und Staatsvolk, sondern als institutioneller Rahmen für kollektive Selbstbestimmung, individuell und kollektiv. Staatliche öffentliche Gewalt war nun darauf verpflichtet, die Menschenrechte der von ihr Regierten zu achten, zu schützen und zu erfüllen. Und die staatlichen Strukturen selbst mussten nun menschenrechtlichen Ansprüchen genügen. Einerseits oblag es den Bürgerinnen und Bürgern selbst, die konkreten Strukturen auszugestalten, durch die und mit denen sie regiert werden wollten. Die Achtung der Menschenrechte aber impliziert, dass Regierungen aus freien und gleichen, regelmäßig abgehaltenen Wahlen hervorgehen (Art. 21 AEMR, Art. 25 IPbpR) und der Kontrolle durch eine unabhängige Justiz unterliegen – kurz, dass die grundlegenden Merkmale des liberal-demokratischen Verfassungsstaates erfüllt sind.¹⁰

Diese entmystifizierende Depotenzierung staatlicher Souveränität und das radikal veränderte Verständnis dessen, was unbedingt der innerstaatlichen Hoheit und Jurisdiktion unterliegt, sind auf zwei Ursachen zurückzuführen. Zum einen auf die offensichtliche Tatsache, dass das Ausmaß der durch das faschistische deutsche Regime und seine Verbündeten gegen die eigene Bevölkerung begangenen Gräueltaten derart groß war, dass die rechtliche Delegitimierung staatlicherseits begangener Menschenrechtsverletzungen zentrale Bedeutung gewann. Vielleicht wichtiger war jedoch die Idee, dass die interne Struktur eines Staates und das Verhältnis zu seinen Bürgerinnen und Bürgern direkte Implikationen für die Gestaltung seiner außenpolitischen Beziehungen hat. Während

¹⁰ Dies steht erst seit dem Ende des Kalten Krieges im Fokus der Forschung (s. Franck 1992, S. 46). Eine solche Position ist nicht unumstritten, obwohl die Kritik an ihr selten auf sorgfältiger rechtlicher Analyse beruht, sondern oft generelle politische Bedenken hinsichtlich eines mangelnden internationalen Konsenses, einer aggressiven militärischen Interventionsstrategie und der Gefahr eines neuen Imperialismus artikuliert. Eine ausführliche Diskussion findet sich bei Marks (2000).

Kant erstmals postulierte (Kant 1795), dass Staaten, die er als *Republiken* bezeichnete – im Grunde liberale konstitutionelle Demokratien – untereinander keine Kriege führen würden,¹¹ war Roosevelt der Überzeugung, dass „die Welt sicher für die Demokratie zu machen“ und „Freiheit von Angst“ zu gewährleisten bedeutete, dass die grundlegenden Standards legitimer staatlicher Regierungsmacht im Völkerrecht würden festgeschrieben werden müssen.¹² Von zentraler Wichtigkeit dafür war es, sicherzustellen, dass individuelle Personen nicht länger als Untertanen und somit als Ressource verstanden würden, von um Macht wetteifernden Staaten mobilisiert im Dienste von Würde, Stolz und Ruhm der Nation, im Dienste ihrer überlegenen Kultur und Macht, in der Absicht, Weltreiche zu errichten und deren Status auszubauen. Wichtig war dies, um zu verhindern, dass nationalistische Ideologien, faschistischer oder auch bloß autoritärer Couleur, weiterhin das Fundament innerstaatlicher oder außenpolitischer Unterdrückung bilden konnten.

Drittens veränderte sich die Idee der Staatlichkeit jedoch in einem noch generelleren Sinne im Hinblick auf ihre externe Dimension. Rechtlich betrachtet wurden Staaten nunmehr verstanden als integraler Bestandteil einer umfassenderen internationalen Gemeinschaft, deren Autorität sich nicht aus der Hoheitsmacht der jeweiligen Einzelstaaten ableitete. Die internationale Gemeinschaft war nun in grundlegendem Sinne kompetent, die Souveränität einzelner Staaten mit oder ohne deren Zustimmung zu beschränken, und zwar auf Grundlage allgemeiner Rechtsgrundsätze – einige davon als *ius cogens* besonders geschützt – und auch auf Grundlage des Völkergewohnheitsrechts. Staatliche Souveränität war nicht länger ein grundlegendes Recht, dessen Beschränkung einem einzelstaatlichen Zustimmungsvorbehalt unterlag. Souveränität bedeutete nun vielmehr eine Fokussierung auf die Mitgliedschaft und die Partizipation in einer übergeordneten, globalen Prinzipiengemeinschaft (vgl. z.B. Chayes/Chayes 1995). Die rechtliche Struktur dieser Veränderung soll nachfolgend beschrieben werden. Die Frage dabei wird lauten, in welchem Verhältnis eine derartige Veränderung zum Konstitutionalismus steht.

Grundsätzlich gibt es im Rahmen konstitutionalistischen Denkens zwei Gründe für eine solche Rekonzeptualisierung des Staates. *Der erste* ist das dem Konstitutionalismus eigene Programm, machtbasierte, nicht rechtfertigbare Do-

¹¹ Dieser Befund hat beträchtliche empirische Evidenz für sich, s. Doyle (1983, S. 205). Einen nützlichen Überblick über die verschiedenen Konstellationen der Debatte über den „demokratischen Frieden“ gibt Pinker (2011, S. 278–294).

¹² Man vergleiche Roosevelts *State of the Union Address* vom 6. Januar 1941, in welcher er die grundlegende Bedeutung der „Vier Freiheiten“ für eine globale Ordnung darlegte, auf die die USA hinarbeiten würden.

minanz abzuschaffen. Wenn innerhalb einer Rahmenordnung gleichberechtigter, souveräner Staaten das Selbstbestimmungsprinzip den grundlegenden Ausgangspunkt für die Vision einer internationalen Ordnung darstellt, dann dürfen nicht mächtige Staaten weniger mächtigen Staaten durch militärische und vergleichbare Mittel ihren Willen aufzwingen. Paradigmatisch für die Anerkennung dieses Prinzips sind das Allgemeine Gewaltverbot und die Verpflichtung zur friedlichen Beilegung von Streitigkeiten. *Der zweite* Grund besteht in der Notwendigkeit, die Begrenzung der einzelstaatlichen Kapazitäten zur Sicherstellung globaler Gemeinschaftsgüter und globalen Wohlstands zu überwinden. Die internationale Gemeinschaft ist auf die Entwicklung einer rechtlichen und institutionellen Infrastruktur angewiesen, um die Menschheit in die Lage zu versetzen, globale Probleme global anzugehen. Selbstbestimmung ist keine Praxis, die effektiv nur innerhalb einzelstaatlicher Grenzen ausgeübt werden kann, sondern bedarf der Entwicklung einer globalen rechtlichen Infrastruktur für Kooperation und Koordination.

Welche weiteren Folgerungen ergeben sich aus einem solchen Verständnis? *Erstens* waren Staaten nach dem Völkerrecht fortan nicht mehr ermächtigt, Krieg zu führen, um ihre Rechtspositionen zu sichern. Die zuerst im Rahmen des Briand-Kellog-Paktes von 1928¹³ durch die meisten Staaten eingegangenen Verpflichtungen aufgreifend, verbot die UN-Charta in Art. 2(4) grundsätzlich die Anwendung von Gewalt, ausgenommen den Fall eines bewaffneten Angriffs auf einen Staat (s. Art. 51 UN-Charta) oder einer Autorisierung durch den UN-Sicherheitsrat gem. Kap. VII der UN-Charta. Staaten, die sich in ihren Rechten durch einen anderen Staat beeinträchtigt sahen, wurden zur friedlichen Beilegung der Streitigkeiten verpflichtet. Bis zur Anrufung eines Gerichts oder Tribunals war es einer sich für beeinträchtigt erklärenden Streitpartei möglich, unter materiellen und prozeduralen Einschränkungen bestimmte Gegenmaßnahmen zu ergreifen, um die Gegenpartei zur Rückkehr zu rechtskonformem Verhalten zu zwingen. Nicht jedoch wurde dem betreffenden Staat die Möglichkeit eingeräumt, durch Gewaltanwendung Abhilfe zu schaffen. Obwohl die grundlegende Idee dabei darin bestand, *die Herrschaft der Gewalt durch die Herrschaft des Rechts zu ersetzen*, und obwohl Gerichten und Tribunalen nach 1945 und noch einmal verstärkt nach 1990 eine bedeutsame Rolle zukam, bleibt die Jurisdiktion eines internationalen Gerichts nach wie vor von der Zustimmung der beteiligten Staaten abhängig. Ungeachtet dieser fortgesetzten Verletzung des für die Herrschaft des Rechts fundamentalen Grundsatzes *nemo iudex in causa sua* – denn das Zustimmungserfordernis läuft darauf hinaus, in Fällen, wo die Zustimmung ver-

13 Zur Bedeutung dieses Paktes vgl. Hathaway/Shapiro (2017).

weigert wird, den Angeklagten zu seinem eigenen Richter zu machen¹⁴ – kann die Verletzung des Allgemeinen Gewaltverbots zur völkerstrafrechtlichen Anschuldigung der Begehung eines „Verbrechens der Aggression“ führen und prinzipiell strafrechtlich sanktioniert werden.¹⁵ Ebenso können schwerwiegende und systematische Verstöße gegen humanitäres Recht oder Menschenrechte völkerstrafrechtlich als Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgt werden, selbst wenn die für die Handlungen verantwortliche Person ein unter Befehl handelnder Amtsträger oder gar das Staatsoberhaupt selbst ist. *Respondeat superior* wurde nicht mehr als Rechtfertigungsgrund anerkannt und die Immunität amtierender Staatsoberhäupter und Minister schützte nicht mehr vor der Verfolgung solcher Verbrechen. In diesem Sinne ist es seit 1945¹⁶ schlichtweg falsch zu behaupten, dass Einzelstaaten über ein Gewaltmonopol verfügen, wenn damit die letztverbindliche Kompetenz gemeint ist, darüber zu bestimmen, unter welchen Umständen Individuen Gewalt gegenüber anderen Individuen ausüben dürfen.¹⁷ Der Kerngehalt der Normen, auf die sich die Jurisdiktion des Internationalen Strafgerichtshofs erstreckt, ist überdies als *ius cogens* geschützt. Diese Normen können durch keinen entgegenstehenden Willen irgendeines noch so mächtigen Staates geändert werden.

Zweitens war der konstitutionalistischen Tradition des 18. Jahrhunderts nicht bloß daran gelegen, Macht zu beschränken, sondern auch daran, die Voraussetzungen kollektiver Ermächtigung zu schaffen. Kollektive Selbstbestimmung auf nationalstaatlicher Ebene hat ihre Grenzen und vermag eine große Bandbreite globaler Gemeinschaftsgüter nicht sicherzustellen. Deshalb ist es aus konstitutionalistischer Perspektive von zentraler Bedeutung, dass der jurisgenerative Prozess im Völkerrecht im Laufe der Zeit, wenn auch höchst unvollkommen, in Richtung kollektiver Handlungsfähigkeit weiterentwickelt wird. Einerseits veröffentlicht die Völkerrechtskommission – ein unter Schirmherrschaft der UN ein-

14 Ein Defizit, das nach dem Zweiten Weltkrieg u. a. von Hans Kelsen und Hersch Lauterpacht beklagt wurde.

15 Ich werde an dieser Stelle die komplizierten Fragen hinsichtlich der universalen Jurisdiktion oder der Komplexitäten der Vorschriften über die Ausübung der Jurisdiktion des IStGH übergehen.

16 Wenn nicht bereits seit den Nürnberger und Tokioter Prozessen, so spätestens, seit der IStGH im Juli 2002 seine Geschäfte aufgenommen hat.

17 Selbstverständlich bedeutet dies nicht, dass staatliche Amtsträger nicht häufig mit illegaler Gewaltanwendung, die an Angriffskriege, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit grenzt, „davonkommen“; jedoch verhält es sich damit nicht anders als mit Kriminellen, die im nationalstaatlichen Kontext einer Strafe für ihre schwerwiegenden Straftaten entgehen. Wenn diese letzte Tatsache niemals an und für sich hinreichend war, um die Behauptung eines nationalstaatlichen Gewaltmonopols zu widerlegen, muss dies auch entsprechend für das Völkerrecht gelten.

gesetztes Organ hochangesehener, durch die Mitgliedstaaten bestellter Rechtsexperten – Berichte, die eine zentrale Rolle nicht nur in der Kodifizierung, sondern auch in der progressiven Weiterentwicklung neuen Völkerrechts auf einer Vielzahl an Gebieten spielen.¹⁸ Zudem hat sich ein innovatives Verständnis des Völkergewohnheitsrechts herausgebildet, welches die zur Herausbildung rechtsverbindlicher Gewohnheit erforderliche Zeitspanne begrenzt und die für das Feststellen von Gewohnheit relevanten Tatsachen erweitert (Lepard 2010).¹⁹ Dies führt auf der einen Seite zu einer Stärkung der quasi-legislativen Rolle der UN-Generalversammlung, welche Resolutionen erlässt, die, wenngleich selbst nicht unmittelbar bindend, doch eine zentrale Rolle für die Erzeugung von Völkergewohnheitsrecht annehmen konnten. Mit der Zeit schließlich entstanden auf Grundlage der multilateralen GATT- bzw. später WHO-Verträge zahlreiche internationale Organisationen; so schafften Weltbank und IWF eine globalwirtschaftlich orientierte Infrastruktur zur administrativen Steuerung und Beaufsichtigung bestimmter Teile der globalen Gemeinschaftsgüter. Heute fällt internationalen Organisationen ein breites Spektrum an Aufgaben in der Rechtsetzung zu (Alvarez 2005). Darüber hinaus hat sich ein Globales Verwaltungsrecht herausgebildet (Kingsbury et. al. 2005, S. 15–62). Aus global konstitutionalistischer Sicht sind diese Veränderungen dahingehend zu verstehen, dass sie auf die Errichtung einer institutionellen und rechtlichen Infrastruktur abzielen, die der Ermächtigung der Menschheit zur kollektiven Gestaltung der Welt durch rechtliche Regulierung und damit der Sicherstellung von Nichtbeherrschung (*non-domination*) und Förderung von Wohlstand dient.

C Anspruch und Wirklichkeit im Recht: Zum kritischen und transformativen Potenzial des Konstitutionalismus

Wenn Recht auf allgemeinen Grundsätzen beruht, welche in ihrer Gesamtheit ein Ideal konstitutionalistischer Legalität bilden, ist ein derart vorgestelltes System teleologisch auf die vollständige Realisierung dieser Grundsätze ausgerichtet. Das tatsächliche positive Recht und seine Institutionen aber können in einem Spannungsverhältnis zu diesen allgemeinen Grundsätzen stehen oder sie möglicherweise nur in begrenzter und unvollständiger Form realisieren. Zwischen der tatsächlich bestehenden positivrechtlich institutionalisierten Rechtspraxis und den

¹⁸ Diese reichen vom Recht der Verträge zwischen Staaten bis hin zu den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln.

¹⁹ Man denke an das sog. „*pressure cooked*“ oder „*instant*“ international law.

rechtlich niedergelegten Prinzipien kann erhebliche Spannung bestehen. Konkrete regelförmige Rechtsnormen und Institutionen können mit den ihr zugrundeliegenden Prinzipien unvereinbar sein. Die konkreten Rechtsregeln und institutionellen Arrangements können dann als zwar rechtmäßig, aber rechtlich fehlerhaft kritisiert werden. Auf diese Weise sind Rechtswissenschaftler in die Lage versetzt, bestehendes positives Recht aus der Perspektive von grundlegenden Rechtsprinzipien zu kritisieren, d. h. aus einer rechtsinternen Perspektive. Der Konstitutionalismus ermöglicht somit eine kritische normative Bewertung bestehender Rechtsnormen und Institutionen aus rechtsinterner Perspektive.

Die nach 1945 entstandene völkerrechtliche Ordnung wurde auf Grundlage der oben beschriebenen Grundsätze neu geformt. Diese Grundsätze wurden in Rechtsurkunden wie der UN-Charta niedergelegt. Die Institutionalisierung und Konkretisierung dieser Grundsätze jedoch musste ihrer zukünftigen Vervollständigung überlassen bleiben.

Selbst wenn beispielsweise die Behauptung zutreffend ist, dass Staaten nach 1945 rechtlich zur Achtung der Menschenrechte verpflichtet waren, so war diese Verpflichtung doch sowohl materiell in Hinblick auf konkretere normative Standards als auch im Hinblick auf die Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen im Falle eines Verstoßes radikal unterentwickelt.²⁰ Das Rechtsprojekt einer Verpflichtung der Staaten auf die Menschenrechte nahm seinen Ausgang eher als rechtsförmig artikuliertes Versprechen denn als wirksam institutionalisierte Realität. Und obgleich es auf dem Gebiet der Menschenrechte beträchtliche Entwicklungen gegeben hat, sowohl im Hinblick auf die Festschreibung primärer Normen als auch auf die zwecks ihrer Durchsetzung notwendig zu begründenden Dogmatiken und Institutionen – nicht nur, aber vor allem regional statt universal –, verbleiben viele Unzulänglichkeiten.

Auf ähnliche Weise wurde die prinzipielle Kriminalisierung von Verstößen gegen das Verbot von Gewaltanwendung und Angriffskriegen, schweren Verletzungen des humanitären Völkerrechts und Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Rahmen der Nürnberger und Tokioter Prozesse anerkannt. Die Prozesse selbst waren jedoch höchst unvollkommene Versuche, die nunmehr anerkannten strafrechtlichen Normen durchzusetzen. Nur die Besiegten wurden angeklagt, die Praktiken der Sieger konnten nicht Gegenstand solcher Verfahren sein. Weder die Bombardierung von Großstädten der Achsenmächte von Dresden bis Tokyo, noch die an Deutschen verübten ethnischen Säuberungen in Polen und der Tsche-

²⁰ Samuel Moyns These, die Menschenrechtsgesetzgebung sei erst 1977 entstanden, ist eine grobe Übertreibung. Doch weist er zutreffend darauf hin, dass in den späten 1970er Jahren eine wichtige Veränderung in der umfassenderen politischen und kulturellen Rezeption der Menschenrechte einsetzte (Moyn 2010).

choslowakei, noch der Einsatz von Atomwaffen in Hiroshima und Nagasaki wurden vor Gericht einer strafrechtlichen Bewertung unterzogen. Die Gerichte traten nicht auf Grundlage unparteiischer und unabhängiger Verfahren zusammen, sondern wurden von den Siegermächten eingesetzt. Ungeachtet dieser strukturellen Defizite, die vollkommen zu Recht kritisiert wurden, wäre es jedoch falsch, diese Mängel als Indizien einer scheinheiligen Siegerjustiz zu verunglimpfen. Weitaus besser lassen sich diese Begebenheiten als Teil eines Weges zur sukzessiven Institutionalisierung neuer Prinzipien unter realweltlichen Bedingungen verstehen. Weitere Schritte zur erfolgreichen Institutionalisierung strafrechtlicher Ahndung von Verbrechen sollten nach dem Ende des Kalten Krieges erfolgen, bevor schließlich der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) durch das Römische Statut als allgemeines Gericht eingerichtet und mit entsprechender Jurisdiktionsgewalt ausgestattet wurde. Und selbst dieses Statut ist – insbesondere, aber nicht ausschließlich mit Blick auf die Beschränkung seiner Jurisdiktionsgewalt auf Verbrechen der Aggression – Gegenstand plausibler und anhaltender rechtlicher Kritik.

Wenn ein konstitutionalistischer Ansatz es also ermöglicht, eine rechtsinterne kritische Perspektive auf rechtliche Institutionen und Dogmatiken einzunehmen, so besteht die Kehrseite seines kritischen Potenzials in seinem potenziell transformativen Charakter.²¹ Beide Seiten ergeben sich aus der potenziellen Spannung zwischen Anspruch und Wirklichkeit im Recht. Eine konstitutionalistische Transformation findet statt, wenn allgemeine Rechtsgrundsätze durch Interpretation oder progressive Entwicklung zur Argumentationsgrundlage werden, um in strukturell-transformativer Weise bestehende Normen neu zu interpretieren oder bestehende Institutionen zu reformieren, um diese so in Einklang mit den ihnen zugrundeliegenden und sie legitimierenden Prinzipien zu bringen.

Wenn eine bestehende Rechtspraxis im Lichte der ihr zugrundeliegenden Prinzipien kritisiert werden und ggfs. dann transformiert werden kann, um mit ebenjenen Prinzipien besser in Einklang zu stehen, vollzieht sich der Schritt von Kritik zu Transformation entweder durch Rechtsinterpretation, durch progressive Rechtsentwicklung durch Rechtsanwender, z.B. Gerichte, oder indem „politische“ Akteure durch Rechtsetzung das Recht reformieren. Sobald allgemeine Prinzipien Grundlage für die Kritik einer konkreten Rechtsnorm geworden sind, bestehen drei Möglichkeiten, um das Spannungsverhältnis aufzuheben. In allen drei Fällen übernehmen die jeweils zugrundeliegenden Prinzipien eine regulative Funktion, deren Bestimmung darin besteht, tatsächliche Rechtspraxis mit den sie begründenden Rechtsgrundsätzen in Einklang zu versetzen. Für die Rechtsin-

21 Vgl. zur Debatte über den transformativen Konstitutionalismus Hailbronner (2017).

terpretation ergeben sich aus den entsprechenden Rechtsgrundsätzen im Streitfall objektive teleologische Argumente für eine prinzipienkonforme Auslegung. Von progressiver Rechtsentwicklung ist zu sprechen, wenn sich als Resultat prinzipienbasierter Anfechtung gefestigter Rechtsauffassungen neue, prinzipienkonformere Rechtsauffassungen verfestigen. Die normativen Grenzen zulässiger progressiver Rechtsentwicklung sind dort erreicht, wo sich ein Rechtsgrundsatz im Hinblick auf einen Sachverhalt auf verschiedene Weise plausibel auslegen lässt, aber die Entscheidung zwischen verschiedenen Auslegungen in die Zuständigkeit politischer Akteure fällt.²² In einem solchen Fall ist eine durch politische Entscheidung herbeizuführende Reform erforderlich, deren Ziel es sein muss, eine von mehreren plausiblen Rechtskonkretisierungsmöglichkeiten verbindlich festzulegen.

2 Einige Ideen zu einer affirmativen Genealogie des Globalen Konstitutionalismus unter besonderer Berücksichtigung des asiatischen Kontexts

Eine Geschichte des Konstitutionalismus als Rechtsgeschichte ist mehr als Geistes- und Ideengeschichte oder Geschichte rechtsdogmatischer Institutionen. Sie sollte vielmehr als Teil der Geschichte einer tatsächlichen rechtlichen und politischen Praxis untersucht werden, und zwar in der Vielzahl der Kontexte, die sie berührt. Eine Geschichte des Globalen Konstitutionalismus wäre nicht lediglich mit der Entstehung, der Rezeption, der Weiterentwicklung und der Legitimierung konstitutionalistischer Ideen befasst, sondern auch mit der Frage, wie, warum und von wem er abgelehnt wurde. Sie sollte nicht nur den ihm zu verdankenden Erfolgen Rechnung tragen – im Hinblick sowohl auf individuelle und kollektive Befreiung aus Herrschaftsverhältnissen, wirtschaftliche Prosperität und generellen Wohlstand als auch auf kulturelle und zivilisatorische Blüte –, sondern auch seine Ambivalenzen, sein Scheitern und seine Hypokrisen beleuchten. Eine Geschichte des Globalen Konstitutionalismus kann nicht als simples Fortschrittsnarrativ plausibel gemacht werden. Ungeachtet all dessen lautet die Frage aber, ob eine vertiefte Kenntnis der Geschichte des Konstitutionalismus und seiner

²² Diese Formulierung schafft natürlich mannigfache neue Probleme. Eine klassische kritische Untersuchung der verwandten Unterscheidung zwischen rechtlichen und nicht-rechtlichen (politischen) Konflikten bietet Lauterpracht (1933).

Anfechtungen nicht zugleich ein vertieftes Verständnis des Konstitutionalismus selbst, der Plausibilität seiner normativen Forderungen und seines Potenzials herbeiführen kann. Und weiter, ob eine Genealogie des Konstitutionalismus nicht zu seiner grundsätzlichen Affirmation beitragen kann, statt zu seiner Diskreditierung. Wenn und sofern sie dies täte, müsste sie einer Vielzahl von Bedenken begegnen, deren wichtigstes vermutlich im Einwand besteht, der Globale Konstitutionalismus und sein Bekenntnis zu Menschenrechten, Demokratie und Rechtsherrschaft sei nur ein neuerlicher Versuch des Westens, seine imperialen Ambitionen zu maskieren und sie in das Gewand einer universalistischen Ideologie zu kleiden. Was das Christentum für das 16. bis 18. Jahrhundert und die „Zivilisation“ im 19. und 20. Jahrhundert waren, wird, so dieser Einwand, nach dem Zweiten Weltkrieg zu neuem Leben erweckt, dieses Mal als Ideologie eines universalen menschenrechtsbezogenen Konstitutionalismus.

A Die neue konstitutionalistische Ordnung und „der Westen“

Die beste Möglichkeit, die Idee einer affirmativen Genealogie plausibel zu machen, besteht darin, unmittelbar den ernsthaftesten Bedenken zu begegnen, die einer solchen skeptischen Haltung ihre Glaubwürdigkeit verleihen. Es trifft zu, dass der Konstitutionalismus dem Kernland „des Westens“ entstammt: nämlich den Revolutionen Amerikas und Frankreichs im 18. Jahrhundert. Es ist ferner zutreffend, dass das moderne Projekt des Globalen Konstitutionalismus eng mit den Bestrebungen der Roosevelt-Administration verbunden ist, nach dem Zweiten Weltkrieg eine neue Weltordnung zu errichten. In dieser Hinsicht waren die Vereinigten Staaten der revolutionäre Akteur und nutzten ihre beträchtliche kriegserprobte weltpolitische und diplomatische Macht, um dieses Ziel zu erreichen. Das soll zunächst in Kürze anhand dreier Beispiele dargelegt werden, um dann genauer zu prüfen, was für Konsequenzen sich aus einer solchen Geschichte für die Bewertung des Konstitutionalismus ergeben.

Die ersten zwei Beispiele betreffen die Rolle der USA bei der Errichtung neuer Verfassungsordnungen für die Haupt-Achsenmächte. Diesen wurde nach ihrer bedingungslosen Kapitulation gewissermaßen befohlen, eine Form der liberalen konstitutionellen Demokratie zu errichten. Weder die Entstehungsgeschichte der deutschen, noch die der japanischen Verfassung reflektierten also das freie Handeln eines selbstbestimmt agierenden Volkes – „*We the People*“ – als verfassungskonstituierende Macht. Im Falle Deutschlands bestand seitens der politischen Verantwortungsträger eine große Zurückhaltung gegenüber der Idee der Verfassungsgebung, da, wie sie geltend machten, kein Staatsvolk vorhanden war, das eine Verfassung sich zu geben imstande gewesen wäre: Der Osten Deutsch-

lands war schließlich sowjetisch besetzt und eine neue Verfassung würde sich höchstens auf den Westteil Deutschlands erstrecken können. Diese Bedenken hinderten die westlichen Besatzungsmächte nicht daran, auf einem Verfassungsgebungsprozess zu insistieren. Der einzige Weg, der den Repräsentanten der verschiedenen Bundesländer blieb, um ihr Missfallen kundzutun, bestand darin, dem neuen Dokument den Namen einer Verfassung zu verweigern. So wurde es stattdessen „Grundgesetz“ genannt und von den Alliierten, nachdem sie sich seiner Übereinstimmung mit ihren Maßgaben versichert hatten, abgenickt. Erst danach wurde es durch die Länderparlamente ratifiziert.

Die Geschichte der japanischen Verfassung ist sogar noch weniger subtil.²³ Nachdem General MacArthur als Supreme Commander for the Allied Powers (SCAP) befohlen hatte, die Meiji-Verfassung zu ergänzen und zu erneuern, setzte die Regierung eine Forschungskommission ein, um die Notwendigkeit einer Ergänzung der Verfassung prüfen zu lassen. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass Ergänzungen der Meiji-Verfassung tatsächlich notwendig waren, jedoch nur in geringem Umfang. Die daraufhin veröffentlichten Ergänzungsentwürfe und ihr konservativer Gehalt erregten den Unmut des SCAP, der nunmehr durch seinen Stab innerhalb von acht Tagen einen Entwurf für eine neue Verfassung erarbeiten ließ. Zwar ließ dieser Entwurf den Status des Kaisers als Staatsoberhaupt unangetastet, doch sah er zugleich die Abschaffung des Feudalsystems, die Einführung des Prinzips der Volkssouveränität, den Verzicht auf krieglerische Handlungen sowie die Festschreibung des Verbots des Unterhaltens von Streitkräften vor. Der Regierung blieb keine Wahl, als den Entwurf zu billigen und zu ratifizieren.

Die Entstehungsgeschichte der UN-Charta ist diesen Begebenheiten nicht vollständig unähnlich. Obwohl die Charta 1945 im Rahmen der Konferenz von San Francisco von 50 Nationen verabschiedet wurde, waren die Entscheidungen über grundlegende Strukturen und Prinzipien bereits zuvor getroffen worden, in einem Prozess zwischen der Einigung auf die Atlantik-Charta, in welcher Roosevelt Churchill gemeinsame Grundsätze abrang, den Konferenzen von Teheran und Jalta sowie der Konferenz von Dumbarton Oaks. Ein Großteil der vorbereitenden Arbeit war von verschiedenen Teilen der Roosevelt-Administration geleistet worden. Die UN würden ohne die damalige Führungsrolle der USA nicht ansatzweise in ihrer heutigen Form existieren. Die Achsenmächte als Feindstaaten waren von den Verhandlungen ausgeschlossen und sollten erst 1956 (Japan) bzw. 1973 (geteiltes Deutschland) die Mitgliedschaft erhalten. Die UN-Charta wurde 1945 durch 51 Gründungsmitgliedsstaaten unterzeichnet. Heute sind es 193 Staaten. Die

²³ Das Folgende stützt sich auf Matsui (2011, S. 4–20).

Mehrheit der heute existierenden Staaten hatte folglich keine Möglichkeit, bei den Verhandlungen der UN-Charta mitzureden.

Klar ist, dass in all diesen Fällen die Verbreitung des Konstitutionalismus eindeutig ein US-amerikanisch beherrschtes Projekt war. Was jedoch weniger klar ist, ist die Frage, was dies über die Plausibilität des universalistischen Anspruchs sagt. Dies nicht nur, weil zwischen einer genealogischen Kritik und der Infragestellung der Gültigkeit einer Behauptung ein logischer Bruch besteht. Sondern vor allem auch, weil diese Genealogie selbst nicht ohne ihre interessanten Ambivalenzen und Komplexitäten ist, wie die folgenden Ausführungen zeigen sollen.

„Der Westen“ als Idee ist ein komplizierter Begriff innerhalb der Geschichte des Konstitutionalismus. Bereits bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass die Verbindung zwischen „dem Westen“ und dem Konstitutionalismus bestenfalls lose ist. Deutschland als europäische Großmacht der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts scheint zunächst mehr Gemeinsamkeiten mit Japan, einer asiatischen Großmacht, zu haben als mit den USA – und wird von den Alliierten entsprechend in vielerlei Hinsicht wie Japan behandelt: als ein Land, das der Umerziehung und der Entwöhnung von seiner nationalistisch-militaristischen Kultur bedurfte. Auch herrschten in Deutschland, ebenso wie Japan, im frühen 20. Jahrhundert – im Ersten Weltkrieg unter dem Kaiser und später unter den Nationalsozialisten – Ideologien vor, die nichts mit konstitutionalistischem Gedankengut gemein hatten. Im Gegenteil, die zu Beginn des Ersten Weltkriegs verbreiteten nationalistischen und auf kulturelle Vorherrschaft abzielenden „Ideen von 1914“ waren bewusst als Gegenentwurf zu den als materialistisch, individualistisch und letztlich als existenziell oberflächlich apostrophierten „Ideen von 1789“ inszeniert, welche für unvereinbar mit der deutschen Kultur erklärt wurden.²⁴ Weiter westlich in Europa fanden die Nazis im konservativ-autoritären Vichy-Regime willfähige Kollaborateure. Die Ideen der Französischen Revolution hatten in Frankreich tiefe Spaltungen hervorgerufen, und mit ihnen durch das 19. Jahrhundert hindurch eine Reihe von Gegenrevolutionen, mittels derer autoritäre Konservative Frankreich als Nation nicht auf die Prinzipien der Revolution, sondern auf seinen katholischen Glauben sowie die ästhetische Überlegenheit des einfachen ländlichen Lebens (*la France profonde*) und der durch den Adel hervorgebrachten ästhetischen Pracht zurückzuführen suchten. Selbst die Rolle Großbritanniens ist in diesem Zusammenhang keine einfache. Der Zweite Weltkrieg war Britanniens „beste Stunde“, in der es sich als Bollwerk gegen die Nazis erwies. Doch war Britannien zugleich ein Imperium, das innenpolitisch auf einem auf verfestigten

²⁴ Man vergleiche Thomas Manns Ausführungen über die deutsche Kultur und die liberale Verfassungsdemokratie in seinen *Betrachtungen eines Unpolitischen* (1918).

Erbprivilegien fußenden Klassensystem beruhte. Hier wurde die arbeitende Klasse eingeladen, ihr ökonomisch bemitleidenswertes Schicksal dadurch zu kompensieren, dass sie als Teil der überlegenen „weißen Rasse“ an der weltumspannenden Herrschaft des Britischen Kolonialreiches teilhaben sollte und die „Bürde des Weißen Mannes“ mitzutragen berufen war. Churchill selbst war dabei ein Skeptiker bezüglich der von Roosevelt forcierten neuen Weltordnung. Die Anerkennung des Selbstbestimmungsgrundsatzes war der Preis, den Churchill für die Unterstützung der USA gegen Hitler zu zahlen hatte. Roosevelt hatte unmissverständlich klargestellt, dass er nicht bereit war, amerikanisches Blut und amerikanisches Staatsvermögen zu investieren, um das britische Empire zu verteidigen und zu stützen.

Die Konstitutionalisierung der Welt war 1945 ein US-amerikanisch geführtes Projekt, kein „westliches“, weil der Konstitutionalismus unter den europäischen Großmächten vor dem Ende des Zweiten Weltkriegs noch keine tiefere Verankerung besaß, trotz eines Jahrhunderts der politischen und ideologischen Kämpfe. Die einschneidendsten Eingriffe und Umerziehungsbestrebungen der USA betrafen nicht hoffnungslos rückständige Völker, sondern Deutschland und Japan, die hochzivilisierten Barbaren, die Europa und Asien mit den Gräueln des Zweiten Weltkriegs überzogen hatten.

Das konstitutionalistische Moment des Jahres 1945 und die ihm nachfolgende Nachkriegsordnung bedeuteten einen radikalen Bruch mit der alten, vor dem Ersten Weltkrieg etablierten kolonialen Ordnung Europas. Mit dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurden zwei der aggressivsten imperialistischen Großmächte ihrer Zeit in ihre Schranken verwiesen. Die zur selben Zeit neu herausziehenden Prinzipien der Selbstbestimmung, des Gewaltverbots und der Menschenrechte aber hatten auch auf die anderen, älteren europäischen imperialen Großmächte Frankreich und Britannien eine delegitimierende Wirkung, wenngleich der Prozess der Dekolonisierung noch viel Zeit und viele innenpolitische Kämpfe beanspruchen würde. In diesem Sinne also war das konstitutionalistische Moment des Jahres 1945 auch ein Höhepunkt des Anti-Imperialismus.

B Anti-Imperialismus als Imperialismus? Die Seeschlacht bei Tsushima als konstitutionalistisches Moment?

Als die japanische Flotte 1905 in der Seeschlacht bei Tsushima die gegnerischen russischen Flottenverbände schlug, wurde dies von unterdrückten Völkern auf der ganzen Welt als Beweis gefeiert, dass die imperialistischen Westmächte geschlagen werden konnten. In den Augen vieler nicht-weißer Menschen spottete diese Niederlage den westlichen Rassenhierarchien und dem damit verbundenen

Anspruch, die vermeintlich „rückständigen“ Länder Asiens zu „zivilisieren“ (Mishra 2012, S. 3). Bei vielen künftigen Führungspersönlichkeiten nationaler Befreiungsbewegungen hinterließ die von japanischer Seite einer europäischen Macht zugefügte Niederlage einen tiefen Eindruck – etwa bei Mohandas Gandhi, damals ein unbekannter Rechtsanwalt in Südafrika, dem später als Atatürk bekannten Mustafa Kemal, damals ein junger osmanischer Soldat in Damaskus, bei Jawaharlal Nehru, dem späteren ersten Premierminister Indiens, bis hin zu Sun Yat-sen, dem späteren ersten Präsidenten und Gründer der Republik China (Mishra 2012, S. 1–6). Aber obwohl die Seeschlacht von Tsushima ein Ereignis war, das die Herrschaftsansprüche westlich-imperialer Mächte und ihre Rassentheorien unterminierte und vielen unterjochten Völkern in ganz Asien Hoffnung gab und sie aus ihrer Lethargie erweckte, war dies kein anti-imperialistisches Moment. Schließlich war die Seeschlacht bei Tsushima eine Schlacht in einem Krieg zwischen zwei Imperialmächten, in dem es um die Kontrolle der Mandschurei und Koreas ging: Russland als etablierter europäischer Großmacht und Japan als einer aufstrebenden Regionalmacht, die nach einem Prozess radikaler Erneuerung infolge der Meiji-Restauration ihren eigenen „Platz an der Sonne“ zu sichern bestrebt war. Was diese Schlacht und Japans nachfolgender Aufstieg verdeutlichten, war lediglich, dass Weltreiche und rassistisch-kulturell anmaßendes Herrschaftsstreben nichts waren, worauf Europa oder der Westen ein ewiges Monopol würde wahren können. Wenn die Seeschlacht bei Tsushima tatsächlich der Beginn einer Erweckung Asiens war, der die „opening chords of the recession of the West“ (Mishra 2012, S. 6) erklingen ließ, so blieb die Möglichkeit offen, dass ein erwecktes Asien lediglich das Gleiche reproduzieren würde, das der Westen zu bieten hatte. Insoweit war die Schlacht bei Tsushima ein Beleg dafür, dass ein auf Behauptungen rassistischer oder kultureller Überlegenheit gründender Imperialismus eine Ideologie mit globaler Anziehungskraft sein könnte. Der Kampf gegen die Hegemonie des Westens kann auch die Form der Universalisierung ursprünglich westlich-rassistisch imperialer Ideologien annehmen.

Es war eine weit verbreitete Annahme, dass der Erfolg Japans mit seiner modernen Verfassung zusammenhing (Mishra 2012, S. 6). Umgekehrt wurde Russlands Niederlage mit seiner verknöcherten autokratischen Struktur in Verbindung gebracht. In diesem Sinne war die Seeschlacht bei Tsushima tatsächlich ein konstitutionalistisches Moment. Die Möglichkeit, in einer imperialen Welt Selbstachtung zu erwerben, ging, so schien es, Hand in Hand mit einer auf einer Verfassung beruhenden Regierungsform. Dies beflügelte nicht nur in Asien, sondern als Reaktion auf die Niederlage auch in Russland eine Reihe konstitutioneller Revolutionen, in denen Bevölkerungen gegen ihre autokratischen Herrscher aufbegehrten. Aus ganz Asien strömten Studenten nach Japan, um

dessen neue Verfassung zu studieren. Dennoch entsprach die Meiji-Verfassung von 1889, wie auch ihr preußisches Gegenstück aus dem 19. Jahrhundert, auf dem sie beruhte, nur der Form nach einer modernen Verfassung und blieb im Wesentlichen einer autokratischen Staatskonzeption und ihrer hereditären Legitimation verhaftet. In der japanischen Meiji-Verfassung war der Kaiser der Souverän, nicht das Volk. Dessen Macht leitete sich aus seiner religiösen Autorität ab, die sich aus seinem göttlichen Status ergab. Anders als die konstitutionellen Transformationen der Nachkriegszeit hatte die Meiji-Verfassung bis auf Äußerlichkeiten wenig mit dem Konstitutionalismus gemein.

C Konstitutionalismus in Asien und asiatische Beiträge zum Konstitutionalismus

Die Seeschlacht bei Tsushima als globalkonstitutionalistisches Moment lehrt etwas Wichtiges: Imperiale Mächte zu besiegen allein ist nicht ausreichend, um den Siegern anti-imperialistischen *bona fides* zu garantieren. Die Vereinigten Staaten mögen einen wesentlichen Beitrag geleistet haben, die alte Ordnung des Imperialismus und ihre Formen durch eine neue Ordnung beseitigt zu haben. Aber das schließt nicht aus, dass die neue Ordnung selbst im moralisch relevanten Sinne als imperiale gelten kann. Es mag wohl signifikante Unterschiede zwischen den europäischen *Empire*-Konzeptionen und der neuen durch die USA errichteten globalen konstitutionalistischen Ordnung geben. Doch folgt aus der Tatsache, dass die neue rechtliche Ordnung eine andere normative Struktur hatte, noch nicht, dass diese neue normative Struktur nicht ihrerseits eine neue Manifestation des Imperialismus sein könnte. Es ist auch nicht hinreichend, zu behaupten, dass der Konstitutionalismus nur deshalb nicht imperialistisch sein könne, weil er eine „richtige“ rechtliche und politische Ordnung darstellt. Argumente wie dieses dienen sämtlichen imperialistischen Projekten als Rechtfertigungsgrundlage und sind daher unzureichend. Was genau aber ist vonnöten, um den Einwand zu widerlegen, der Globale Konstitutionalismus sei nur der jüngste der Welt oktroyierte Schein-Universalismus, diesmal durch die Vereinigten Staaten als einer aus dem Zweiten Weltkrieg als global dominant hervorgegangenen imperialistischen Großmacht?

Wenn einer bestimmten Nation, wie Deutschland oder Japan nach dem Zweiten Weltkrieg, oder der Welt, wie wohl mittels der UN-Charta geschehen, eine bestimmte Ordnung auferlegt wird, ist es entscheidend, ob die Subjekte dieser Ordnung sich im Laufe der Zeit ihre Grundsätze zu eigen machen, an und in ihr kritisch-konstruktiv partizipieren und sie, so sie es für nötig erachten, auch in einzelnen Aspekten nach ihrer Vorstellung verändern. Eines der entscheidenden

Merkmale des Konstitutionalismus ist es, dass er solche Formen partizipativen Engagements ermöglicht und hervorhebt und die politische Lethargie bloßer Untertanen oder bevormundeter Vasallenstaaten als unwürdig ablehnt.

a Konstitutionalismus in Deutschland

Das deutsche Grundgesetz ist im Laufe der Jahrzehnte nicht nur zu einem zentralen Referenzpunkt der täglichen politischen und rechtlichen Debatten geworden, mit dem Bundesverfassungsgericht als höchst einflussreicher und angesehener Institution. Auch im Nationalstolz und der nationalen Identität der Deutschen hat das Grundgesetz mittlerweile einen zentralen Platz eingenommen, wenngleich man nicht behaupten kann, dass die Deutschen Hemmungen empfinden würden, es abzuändern, wie sie es für angemessen befinden.²⁵ Die Idee des Verfassungspatriotismus genießt in Deutschland weitverbreitete Achtung. Die Behauptung, das Grundgesetz sei eine imperialistische Auferlegung der alliierten Besatzungsmächte, findet heutzutage keinerlei Resonanz.

b Konstitutionalismus in Japan

Auch In Japan wird die Nachkriegsverfassung weithin als Erfolgsgeschichte betrachtet und genießt breiten Rückhalt. Doch lassen aus Perspektive des vergleichenden Verfassungsrechts zwei Besonderheiten aufmerken. Zum einen haben japanische Gerichte es trotz entsprechender positivrechtlicher Ermächtigung abgelehnt, die aktive Rolle zu übernehmen, die ihnen in den meisten liberalen konstitutionellen Demokratien zukommt (Matsui 2011, S. 140 – 151). Zum anderen ist die japanische Verfassung bis zum heutigen Tage nicht ein einziges Mal geändert worden, obwohl offensichtliche Gründe dafürsprächen. In ihrem berühmten Art. 9 proklamiert sie nicht nur den Verzicht auf das Recht, Kriege zu führen, sondern auch auf das Recht, Streitkräfte zu unterhalten. Unter der Annahme, dass Japan gemäß der Garantien aus Art. 51 der UN-Charta zur Selbstverteidigung berechtigt ist – was unter japanischen Rechtswissenschaftlern herrschende Ansicht ist –, würde diese Vorschrift Japan die Vorhaltung geeigneter Mittel versagen, ein solches Recht auszuüben. Tatsächlich verfügt Japan aber mit seinen sog. Selbstverteidigungsstreitkräften über eine der modernsten Armeen

²⁵ Bis 2009, d.h. innerhalb der ersten 60 Jahre seines Bestehens, wurde das Grundgesetz in 109 Artikeln durch 54 Änderungsgesetze modifiziert.

der Welt. Dieser Status quo ist nicht nur deshalb problematisch, weil er die Autorität der Verfassung untergräbt und sie Hypokrisie-Vorwürfen preisgibt. Auch die potenziell starke Rolle, die Japan als Truppensteller im Rahmen von Einsätzen gem. Kap. VII der UN-Charta spielen könnte und allem Anschein nach auch zu spielen bereit ist, wird dadurch unmöglich gemacht. Die Gründe für den Widerstand sowohl gegen eine umfassendere richterliche Prüfung als auch gegen die Änderung der Verfassung sind gewiss komplex und können an dieser Stelle nicht erschöpfend behandelt werden. Es ist aber nicht auszuschließen, dass jedenfalls zum Teil diese Phänomene mit einer gewissen kulturellen Widerspenstigkeit gegen den legalistischen Geist erklärt werden können, der mit dem Konstitutionalismus einhergeht. Vielleicht ist eine gewisse Toleranz gegenüber einer Diskrepanz zwischen Verfassungsanspruch und praktischer Wirklichkeit deswegen verbreitet, weil die Bedeutung der Verfassung sich nicht primär in ihrer operativen Rechtswirksamkeit zeigt, sondern eher als Symbol des neuen prosperierenden und friedlichen Nachkriegsjapan. Könnte es, vielleicht noch gewagter, sogar so sein, dass vor dem Hintergrund der vormaligen Sakralität des Kaisers nunmehr der Text der Verfassung primär symbolisch verstanden wird? Haben japanische Bürger und Politikerinnen Vorbehalte, die Verfassung zu ändern, weil sie fürchten, dass jede Änderung sie unausweichlich zurück in ein neues autoritäres, vielleicht gar militaristisches Regime führen könnte? Es ist nicht offensichtlich, dass der Konstitutionalismus als rechtliche und politische Praxis in Japan heute tief verwurzelt ist. Aber selbst wenn das zutreffen sollte, spielen Behauptungen, die japanische Verfassung sei illegitim und ein Symbol der anhaltenden Herrschaft der Vereinigten Staaten über Japan, im japanischen politischen Diskurs keine zentrale Rolle. Jedenfalls in ihrer symbolischen Bedeutung als Identifikationspunkt für das neue prosperierende Nachkriegsjapan haben Japaner sich die ihnen auferlegte Verfassung zu eigen gemacht.

c Die vielen Autoren des Globalen Konstitutionalismus

Die nach dem Zweiten Weltkrieg entstandene globale Ordnung war nicht einfach ein Produkt westlicher Köpfe, von westlichen Traditionen geprägt und durch mächtige westliche Staatsleute aufoktroziert. Sie war auch das Resultat erfolgreicher Kämpfe unterjochter und kolonisierter Nationen gegen imperialistische Unterdrückung; sobald die grundlegenden Institutionen und Normen der Nachkriegsordnung formal etabliert worden waren, wurden von einer großen Vielfalt an Akteuren die politischen Kämpfe und Streitigkeiten über die Bedeutung ihrer Kernprinzipien geführt. Im Folgenden kann dies nur exemplarisch illustriert werden.

Als US-Präsident Wilson darauf bestand, nach dem Ersten Weltkrieg den Grundsatz der Selbstbestimmung im Versailler Vertrag festzuschreiben, beschränkte sich die Anwendung dieses Grundsatzes lediglich auf den Umgang mit Gebietsansprüchen gegen besiegte Staaten. Keine Anwendung fand er auf Territorialansprüche der besiegten europäischen Mächte gegen die Sieger, und gewiss war es nicht angedacht, ihn mit den Überseegebieten Frankreichs und Großbritanniens in Verbindung zu bringen. Als jedoch der Versailler Vertrag ausgehandelt war und kurz darauf der neugegründete Völkerbund mit staatlichen Abgesandten zu besetzen war, traten nichteuropäische Akteure unter Verweis auf den Selbstbestimmungsgrundsatz mit ihren Forderungen auf und ziehen die Europäer der Hypokrisie. Nach den Gräueltaten des Ersten Weltkriegs erschien das Narrativ einer überlegenen europäischen Zivilisation außerordentlich zweifelhaft. Von Gandhi wird berichtet, er habe auf die Frage, was er von der westlichen Zivilisation halte, spöttisch geantwortet, sie wäre eine gute Idee. Eine solche Haltung hatte nach dem Ersten Weltkrieg beträchtliche Resonanz. Vertreter Ägyptens, Indiens und anderer Nationen verwiesen darauf, dass sie bereits *Zivilisationen* waren und wiesen so die vermessene Annahme der bestehenden Großmächte zurück, autoritativ über die Übereinstimmung relevanter Akteure mit bestimmten „zivilisatorischen“ Anforderungen zu urteilen. Der Druck wuchs, das Erfordernis der „Zivilisiertheit“ als Kriterium staatlicher Anerkennung aufzugeben. So ist die Universalisierung der Staatlichkeit eine Errungenschaft, die aus einem politischen Kampf resultierte, in welchem Unterdrückte und Kolonisierte ihren lediglich passiven Status überwandten, als zentrale Akteure auftraten und das Prinzip der Selbstbestimmung für sich in Anspruch nahmen.²⁶

Ein weiteres Beispiel für ein asiatisches Land, das eine aktive und, wenn gleich im damaligen Kontext nicht unmittelbar erfolgreiche, konstitutionell progressive Rolle in der Entwicklung des Völkerrechts spielte, ist Indien, und zwar im Kontext seiner Intervention in Ost-Pakistan 1971.²⁷ Indien setzte, als es in Ost-Pakistan intervenieren wollte, die Idee humanitärer Intervention auf die Agenda des UN-Sicherheitsrats. Die pakistanische Regierung war im Begriff, im östlichen Teil des Landes einen Genozid an Bengalis zu begehen, mit letztlich mindestens 500.000 Todesopfern. Neben humanitären Anliegen bestand das indische Interesse darin, die umfangreichen Flüchtlingsströme über seine Grenzen zu unterbinden. Inmitten des Kalten Krieges, in welchem Pakistan Verbündeter des Westens war und Indien nicht, fand die von Indien im Sicherheitsrat vorgebrachte

²⁶ Eine Beschreibung dieser Entwicklung findet sich bei Becker Lorca (2014).

²⁷ Eine monographische Behandlung dieses Ereignisses mit Fokus auf die Rollen Nixons und Kissingers in ihrem Versuch, die indische Intervention zu verhindern, findet sich bei Bass (2013). Vgl. auch Bass (2015).

Position nicht die erforderliche Unterstützung. Aber die indische Position hinsichtlich der Kompetenz des UN-Sicherheitsrats, humanitäre Intervention zu autorisieren, ist heute als prinzipiell richtig anerkannt. Es ist heute in Wissenschaft und Praxis weitgehend unumstritten, dass das Mandat zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit aus Kap. VII der UN-Charta auch die Möglichkeit umfasst, alle erforderlichen Maßnahmen zu autorisieren, um die Rechte von Individuen gegen schwerwiegende und systematische Menschenrechtsverletzungen durch Regierungen zu schützen, unabhängig davon, ob diese Verletzungen außerhalb der Grenzen des betreffenden Staates physische Wirkung entfalten.

Weiterhin verdient die Rolle Erwähnung, die nachfolgende japanische und andere asiatische Regierungen wie auch zivilgesellschaftliche Bewegungen beim Versuch einnahmen, nukleare Abrüstung durchzusetzen. Seit 24 Jahren legt Japan der UN-Generalversammlung Resolutionen zur Abschaffung von Nuklearwaffen vor, die mit breiter Unterstützung verabschiedet werden. Dieser Sachverhalt ist nicht nur von politischer Relevanz, sondern er hat auch rechtlich-konstitutionalistische Bedeutung, insofern als der Gebrauch oder die Androhung des Gebrauchs von Nuklearwaffen nach umstrittener, aber zutreffender Ansicht allgemeinen Grundsätzen des humanitären Rechts zuwiderläuft.²⁸ Nuklearwaffen ließen sich trefflich als Erbsünde der konstitutionalistischen Nachkriegsordnung beschreiben, so wie die Sklaverei die Erbsünde des konstitutionalistischen Projekts der USA im 18. Jahrhundert war: Als ein Kernelement der neugeschaffenen konstitutionalistischen Ordnung, das fundamental inkompatibel mit den Prinzipien ist, die ihr zugrunde liegen. Japan spielt eine zentrale Rolle dabei, dieses Problem in der globalen Öffentlichkeit zu thematisieren. Im Juli 2017 nahmen 122 Staaten, unter ihnen Bangladesch, Malaysia, Indonesien, Thailand und Vietnam – nicht aber die USA und kein einziger NATO-Staat – den Atomwaffenverbotsvertrag an. Es bleibt abzuwarten, ob der Vertrag sich als wirksamer Schritt zur Beseitigung von Nuklearwaffen erweisen und Druck auf die Atommächte ausüben kann.²⁹ Was anhand dieser Problematik jedoch ersichtlich wird, ist, dass die Trennlinie zwischen Vertretern konstitutionalismusfreundlicher und konstitutionalismusfeindlicher Positionen wenig mit regionaler Geographie oder Kultur zu tun hat. Stattdessen hat sie viel zu tun mit geostrategischen Erwägungen, hegemonialen Ambitionen, Unsicherheiten und dem alten Drama, Machtausübung durch

28 Als dem IGH die Möglichkeit gegeben war, über diese Frage zu entscheiden, vermied er dies mittels einer höchst ungewöhnlichen *non-licet*-Entscheidung und ließ die Frage somit offen (ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226.)

29 Vier der gegenwärtigen Atommächte sind asiatische Staaten: China, Indien, Pakistan und Nordkorea.

rechtliche Prinzipien einzuhegen. In diesem Drama finden sich asiatische und westliche Akteure auf beiden Seiten der Trennlinie.

d Globaler Konstitutionalismus und China als Herausforderung

Wenn China heutzutage als Land erscheint, in dem konstitutionalistisches Gedankengut auf wenig fruchtbaren innerstaatlichen Boden fällt, dann hat dies wenig mit Charakteristika zu tun, die der Kultur, den Traditionen und der Geschichte Chinas immanent wären, vielmehr mit den pfadabhängigen Entscheidungsoptionen und Präferenzen der Partielite und jüngst besonders Xi Jinpings (1). Diese Entscheidungen haben ihrerseits viel mit dem Scheitern liberaler konstitutioneller Demokratien in anderen Teilen der Welt und der daraus resultierenden Vermutung zu tun, China könnte mit anderen Modellen erfolgreicher sein (2). Was dies jedoch für Chinas Beziehung zum Globalen Konstitutionalismus im Völkerrecht bedeutet, bleibt ambivalent (3).

(1) Ähnlich wie auch in Japan resultierten in China radikale Reformen und eine moderne konstitutionelle Regierungsform zunächst aus den demütigenden Konfrontationen mit anderen Großmächten: zuerst in den Opiumkriegen in der Mitte des 19. Jahrhunderts, die, neben den sog. Ungleichen Verträgen, zum Verlust Hong Kongs an die Briten führten. Sodann – aus chinesischer Sicht vielleicht noch demütigender – folgte die Niederlage im ersten Japanisch-Chinesischen Krieg von 1894/1895.³⁰ Die Demütigung lag nicht lediglich darin, dass es anderen Mächten gelang, gegenüber China eine Vormachtstellung zu gewinnen, die den Anspruch souveräner Gleichheit Chinas unterminiert. Die Schärfe der gefühlten Verletzung geht zurück auf das Selbstverständnis des Chinesischen Kaiserreiches als Zentrum der Welt, zu dem andere Völker und Nationen durch ein kompliziertes Regime aus Unterwerfungsritualen und Handelsprivilegien in Beziehung traten (Svarverud 2007, S. 8–15). Als China von den Briten die Ungleichen Verträge aufgezwungen wurden, war der chinesischen Regierung nicht einmal bewusst, dass diese in einem für ihr moralisches Universum relevanten Sinne ungleich waren. Gewiss, britische Bürger unterlagen fortan der Konsulargerichtsbarkeit und nicht länger der kaiserlichen Jurisdiktion, jedoch war Jurisdiktion bereits im alten China prinzipiell personal konzipiert, nicht territorial. Dass China umgekehrt keine Konsularjurisdiktion über seine Bürger in Großbritannien gewährt wurde, war aus chinesischer Sicht ebenso einleuchtend: Chinesischen Untertanen

³⁰ Eine Geschichte der Begegnung Chinas mit dem Völkerrecht und seines Verhältnisses zu diesem findet sich bei Svarverud (2007). S. auch Tang (2012).

war es grundsätzlich nicht gestattet, ins Ausland zu reisen, und sie hatten dafür auch keinen Anlass, während für Ausländer sehr wohl Anlass bestand, nach China zu reisen, dem Kaiser seine Reverenz zu erweisen, von der überlegenen chinesischen Kultur zu lernen und auf Handel zu hoffen. Die durch Japan erlittenen Verluste aber waren schmerzhaft: Wie konnte eine winzige, lange Zeit von der chinesischen Sprache und Kultur abhängige Insel ein so ungleich viel größeres Reich schlagen? Die militärische Niederlage gegen Japan läutete das Ende der Qing-Dynastie und die Entstehung der konstitutionellen Republik China 1911 ein, mit Sun Yat-Sen als ihrem ersten Präsidenten. Obgleich die Spezifika ihrer Verfassung selbstverständlich den besonderen chinesischen Umständen angepasst werden mussten, zeugte sie – anders als die Meiji-Verfassung 1889 – von einem genuinen Bekenntnis zu konstitutionalistischen Prinzipien. Aufgrund von Fremdbesatzungen, der ungebrochenen Macht von Warlords und der Spaltung zwischen Nationalisten und Kommunisten befand sich das Land in permanentem Aufruhr, bis es Mao Tse-tung gelang, Festlandchina unter kommunistischer Herrschaft zu einigen und die Volksrepublik China zu gründen, während sein nationalistischer Rivale Chiang Kai-shek Taiwan behielt. Obwohl Chiang Kai-sheks Kuomintang-Regierung bis in die späten 1980er Jahre hinein mittels Kriegsrecht regierte, prosperierte Taiwan wirtschaftlich in erheblichem Maße und entwickelte sich sukzessive zu einer liberalen konstitutionellen Demokratie. Auch in Festlandchina wurde nach dem Tod Mao Tse-tungs – dem Stalin noch die regimestabilisierenden und -legitimierenden Vorzüge einer förmlichen Verfassung ans Herz gelegt hatte (Zhang 2012, S. 43) – im Rahmen der Öffnungspolitik Deng Xiaopings 1982 eine neue chinesische Verfassung verabschiedet. Diese trug im Allgemeinen die Kernmerkmale einer modernen Verfassung, indem sie Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit garantierte. Andererseits zementierte sie das politische Monopol der Kommunistischen Partei und spielte überdies, wie in allen kommunistischen Ländern, im politischen Leben nur eine marginale Rolle. Wichtige Veränderungen in Machtverhältnissen und politischer Ausrichtung spiegelten sich bestenfalls in den Parteistatuten, nicht aber in der Verfassung wieder. Gleichmaßen waren nicht parlamentarische Organe oder Gerichtsentscheidungen maßgeblich, sondern Entscheidungen des Parteitags. Wenn sich die Situation in China heute von derjenigen anderer Länder unterscheidet, die einst kommunistisch waren und heute liberale konstitutionelle Demokratien sind, so liegt dies daran, wie die chinesische Führung mit den potenziell transformativen Ereignissen von 1989 umging, als große Studentendemonstrationen die Stabilität des Regimes bedrohten. Anders als z.B. die ostdeutsche Parteielite, 1989 mit demselben Problem konfrontiert, entschied sich die chinesische Regierung für ein rigoroses Durchgreifen. Gleichwohl gab es selbst unter jenen, die diesen Ansatz begrüßten, solche, die die Vorstellung hegten,

China würde sich letztlich zu einer liberalen konstitutionellen Demokratie entwickeln. Doch glaubten sie, China sei schlicht noch nicht bereit für einen solchen Schritt. Es ist nicht überraschend, dass chinesische Wissenschaftler in den 1990er und 2000er Jahren an Universitäten offen über die Möglichkeiten und Implikationen, die Umstände und den Zeitpunkt eines Beitritts Chinas zur konstitutionalistischen Welt diskutierten (s. z. B. Buyun 2010). Während akademische Debatten und Publikationen toleriert wurden, war es dagegen nicht möglich, offen die politische Forderung nach der Errichtung einer liberalen konstitutionellen Demokratie zu erheben, wie es 303 Intellektuelle im Jahr 2008 taten, als sie anlässlich des 60. Jahrestages der UN-Menschenrechtscharta, des 100. Jahrestages der chinesischen Verfassung sowie des 10. Jahrestages der chinesischen Unterzeichnung des UN-Zivilpakts die *Charta 08* veröffentlichten. Unterhalb öffentlicher politischer Werbung für die liberale konstitutionelle Demokratie, die die Kommunistische Partei und ihr politisches Monopol unmittelbar bedrohte, war vieles erlaubt.³¹ Dies änderte sich erst, als 2012 Xi Jinping an die Macht gelangte. Die beschriebenen universitären Debatten sind seitdem durch striktere Parteirichtlinien über die Zulässigkeit der Inhalte juristischer und politikwissenschaftlicher Seminare sowie die Androhung von Sanktionierung wirksam unterbunden worden. Was aber mit Blick auf die jüngere Geschichte Chinas und Taiwans sowie die jüngsten Ereignisse in Hong Kong deutlich wird, ist, dass sich die Behauptung, Chinas Kultur und Traditionen seien auf einzigartige Weise mit der liberalen konstitutionellen Demokratie unvereinbar, nur schwerlich aufrechterhalten lässt.

(2) Die Entscheidung der chinesischen Führung, nach 2012 einen anti-konstitutionalistischen Kurs einzuschlagen und stattdessen den Herrschaftsanspruch der Partei zu betonen, zu konsolidieren und auszuweiten, hat mit Sicherheit viele Gründe. Unter diesen findet sich aber zweifellos auch das wahrgenommene Scheitern liberaler konstitutioneller Demokratien, ihr Versprechen einzulösen, glaubhaft für die weltweit beste zivilisatorische Praxis der Gegenwart Modell stehen zu können. Auf der einen Seite konnte China am Beispiel Russlands ablesen, dass angesichts der Herausforderungen von 1989 ein selbst herbeigeführter Regimewechsel nicht ratsam gewesen wäre. Immerhin hatte Russland im internationalen System nicht nur seinen Status als Supermacht eingebüßt, sondern in der Dekade nach den westlichen Reformen auch einen schweren wirtschaftlichen Abschwung und eine damit einhergehende signifikante Absenkung des Lebens-

31 Für die damalige Zeit vielleicht typisch im Ausdruck gemäßigt progressiver Empfindungen war Keping (2009), der einen stufenweisen Baustein-Ansatz für eine demokratische Entwicklung Chinas befürwortete, zunächst fokussiert auf die Zivilgesellschaft, lokale Regierungsstrukturen, parteiinterne Demokratie und eine Stärkung der Rechtsstaatlichkeit.

standards für breite Schichten der Bevölkerung erlebt. Zum anderen hatte sich Indien, seit seiner Unabhängigkeit die größte Demokratie der Welt, wesentlich langsamer entwickelt als China. Für einen Reisenden, der im zweiten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts das Leben in Mumbai mit dem in Shanghai vergliche, wäre die Überlegenheit der liberalen konstitutionellen Demokratie als wirtschaftliches Entwicklungsmodell wohl wenig naheliegend. War es zuletzt nicht auch der Fall, dass die Europäische Union und die Vereinigten Staaten – die selbsternannten Gralshüter der konstitutionalistischen Versprechungen – sich in seltsam irrationalen Reaktionen auf die Herausforderungen des Terrorismus verstrickten, in nutzlosen und illegalen Kriegen steckenbleibend, sich darüber hinaus inmitten einer immensen Wirtschaftskrise befanden und sich nun, nach einer Dekade glanzlosen wirtschaftlichen Wachstums, fest im Griff politischer Bewegungen, Parteien und Personen wiederfanden, denen es um die Beschleunigung selbstzerstörerischer Tendenzen zu tun war? War es tatsächlich plausibel anzunehmen, die Kommunistische Partei Chinas würde nicht zu Besserem in der Lage sein? Könnte sie sich nicht beispielsweise als quasi-meritokratische Organisation neu erfinden, das Land mit Hilfe rekrutierter Talente technokratisch regieren und so, in einer Verschmelzung der Idee einer leninistischen Avantgarde-Partei mit konfuzianischen Vorstellungen bürokratischer Verdienste, weiteres Wachstum und Stabilität sichern und, auf lange Sicht, vielleicht gar eine globale Vormachtstellung erreichen?³²

(3) Es war zweifellos auch der Rückblick auf ein 30 Jahre währendes wirtschaftliches Wachstum, der die Führung der Kommunistischen Partei mit Zuversicht auf das Potenzial des von ihr eingeschlagenen Weges blicken ließ; dies umso mehr zu einem Zeitpunkt, da die liberale konstitutionelle Demokratie schwach erschien. Doch ist hier das letzte Wort noch nicht gesprochen. Die liberale konstitutionelle Demokratie schien auch damals schwach und dekadent, als in den 1930er Jahren viele faschistische und kommunistische Kräfte voller Vitalität schienen und gewillt, die Herausforderungen der Zukunft anzunehmen. Auch sind die bisherigen Errungenschaften der Kommunistischen Partei ambivalenter, als das offizielle Narrativ es vermuten lässt. Selbst nach beinahe 40 Jahren des Wachstums liegt der Lebensstandard durchschnittlicher Festlandchinesen unter dem durchschnittlicher Chinesen in Taiwan oder Hong Kong, geschweige denn dem durchschnittlicher Japaner oder Südkoreaner. Statt in Ehrfurcht zu erstarren, könnte man ebenso gut fragen: Weshalb so wenig so spät? Warum benötigte China so lange, eine Position wiederzuerlangen, welche es schon im 18. und 19. Jahrhundert verloren hatte? Es ist jedenfalls nicht unplausibel, dass die historische

³² Für eine entsprechende Sicht s. Bell (2015).

Rolle der Kommunistischen Partei Chinas, welche auch die Verantwortung für die desaströse Politik Maos und das menschliche Leid im Zusammenhang mit dem „Großen Sprung nach vorn“ und der „Kulturrevolution“ einschließt, nicht nur darin besteht, China von seinem Jahrhundert der Demütigungen erlöst zu haben. Wenn es auch schwierig ist, darüber zu mutmaßen, ob sich Chinas wirtschaftliche Entwicklungssituation unter einem anderen, genuin liberalen konstitutionell-demokratischen Regime früher verbessert hätte, kann umgekehrt nicht ausgeschlossen werden, dass das Machtmonopol der Kommunistischen Partei eine Mitursache für Chinas vergleichsweise späte Erholung darstellt.

3 Fazit

In den oben skizzierten historischen Abrissen wurden einige grundlegende Ideen zu einer affirmativen Genealogie des Globalen Konstitutionalismus deutlich. Historisch betrachtet ist die Verbindung zwischen „dem Westen“ und dem Globalen Konstitutionalismus wesentlich loser als häufig dargestellt. Zum einen waren und sind konstitutionalistische Ideen im „Westen“ zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Jurisdiktionen Gegenstand von entschiedener Zurückweisung und Anfechtung, sowohl grundsätzlich als auch im Hinblick auf ihre spezifischen Manifestationen. „Der Westen“ steht dem Konstitutionalismus nicht näher als konkurrierenden Ideen. Mannigfaltige Formen autoritär-nationalistischer Ideologien, die sich affirmativ auf Nationalkultur, Ethnizität, Religion und Tradition berufen, faschistische oder kommunistische Ideologien oder auch das Denken in Kategorien von Weltreich und *Empire* sind nicht weniger „westlich“ als der Konstitutionalismus und waren global mindestens ebenso einflussreich wie er, wenn nicht gar noch einflussreicher. Zum anderen wurde konstitutionalistisches Gedankengut durch asiatische Akteure rezipiert und gegen europäische Staaten in Stellung gebracht. Indem die Kolonisierten ihren Kolonialherren die von diesen promulgierten Ideale vorhielten und so deren Hypokrisie demaskierten, nutzten sie konstitutionalistische Prinzipien und machten sie sich zu eigen, um das Joch imperialer Unterdrückung abzuschütteln. Im Prozess der Aneignung dieser Ideen durch nicht-westliche Akteure änderte sich bisweilen die Bedeutung dieser Ideen. Universale Kategorien und ihre Bedeutung sind von jeher durch Begegnung und Konflikt geformt worden, statt einfach von einer Seite diktiert zu werden. Auch innerhalb Asiens selbst kamen konstitutionalistische Ideen im Kampf Unterdrückter gegen ihre jeweiligen Unterdrücker zum Tragen. Diese Ideen wurden und werden gegen lokale und nationale Eliten in nicht-westlichen Kontexten ins Feld geführt, die ihre Privilegien und ihre etablierte Herrschaftspraxis unter Berufung auf Souveränität, Kultur und Tradition zu verteidigen trachten.

Diese invozierten nationalistischen Konzeptionen wiederum dienen jenen Eliten zugleich als Grundlage, um ein gängiges westliches Handlungsmuster zu replizieren und diejenigen, die Rechte und andere konstitutionalistische Ideen einfordern, zur unglaublichen und korrupten fünften Kolonne des – ausländischen – Feindes zu erklären. Anti-konstitutionalistische Akteure traten in ihren jeweiligen Kontexten häufig im Namen nationaler Kultur und Tradition als Apologeten der Ideologie eigennützig agierender regionaler oder nationaler Eliten auf und boten diesen Eliten dergestalt intellektuellen Schutz gegen Infragestellungen durch ihre Untertanen; Infragestellungen, die häufig im Namen von Menschenrechten, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit erfolgten. Diese Phänomene werden von kritisch-postkolonialen Empfindsamkeiten häufig mehr verschleiert denn erhellt. Die Reifikation und Essenzialisierung zivilisatorischer und kultureller Differenz verschleiert den Blick auf anhaltende intrakulturelle und -zivilisatorische sowie kultur- und -zivilisationsübergreifende Unterdrückung und den Widerstand dagegen.

Es besteht keine Garantie für eine künftig fortbestehende Relevanz des Konstitutionalismus, weder global, noch in Asien, noch selbst im Westen. Doch dürfte der Konstitutionalismus zumindest angesichts der schwindenden Hegemonie des Westens und der Verschiebung des Machtgleichgewichtes in Richtung Asien relevant bleiben. Entscheidend ist, dass eine hinreichend starke Koalition von Akteuren sich zu ihm bekennt, in Asien, in Südamerika, in Afrika und im Westen. Ob dies mittelfristig der Fall sein wird, ist eine offene Frage. Falls der Konstitutionalismus seine Relevanz einbüßen sollte, weil verschiedene anti-konstitutionalistische Akteure zu Hegemonialmächten aufsteigen und die Welt erfolgreich nach ihrem Bilde umgestalten, so lägen die Gründe für seinen Niedergang nicht in seiner mangelnden zivilisatorischen und kulturellen Inklusivität. Sein Niedergang läge eher in der Gleichgültigkeit und Ignoranz derer begründet, die ihn nicht verteidigten – und den Machtspielen derer, die glaubten, von diesem Umstand zu profitieren.

Bibliographie

- Alvarez, José (2005): *International Organizations as Law-makers*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Bass, Gary (2013): *The Blood Telegrams: Nixon, Kissinger and a Forgotten Genocide*. New York: Knopf Doubleday.
- Bass, Gary (2015): „The Indian Way of Humanitarian Intervention“. In: *Yale Journal of International Law* 40. Nr. 2, S. 227 – 294.
- Becker Lorca, Arnulf (2014): *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842 – 1933*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Bell, Daniel (2015): *The China Model: Political Meritocracy and the Limits of Democracy*. Princeton: Princeton University Press.
- Buyun, Li (2010): „Constitutionalism and China“. In: Yu Keping (Hrsg.): *Democracy and the Rule of Law in China*. Leiden: Brill, S. 195 – 229.
- Chayes, Abram/Chayes, Antonia (1995): *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*. Cambridge: Harvard University Press.
- Doyle, Michael (1983): „Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs“. In: *Philosophy & Public Affairs* 12. Nr. 3, S. 205 – 235.
- Dworkin, Ronald (1985): *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Franck, Thomas (1992): „The Emerging Right to Democratic Governance“. In: *American Journal of International Law* 86. Nr. 1, S. 46 – 91.
- Hailbronner, Michaela (2017): „Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South“. In: *American Journal of Comparative Law* 65. Nr. 3, S. 527 – 565.
- Hathaway, Oona/Shapiro, Scott (2017): *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*. New York: Simon & Schuster.
- Joas, Hans (2013): *The Sacredness of the Person: A New Genealogy of Human Rights*. Washington: Georgetown University Press.
- Kant, Immanuel (1923): „Zum ewigen Frieden (Erstausgabe 1795)“. In: *Kants Gesammelte Schriften*. Hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften. Abt. 1: Werke, Bd. 8: Abhandlungen nach 1781. Neudruck, Berlin, Leipzig: De Gruyter, S. 341 – 386.
- Kennedy, David (1987): *International Legal Structures*. Baden-Baden: Nomos.
- Keping, Yu (2009): *Democracy Is a Good Thing: Essays on Politics, Society and Culture in Contemporary China*. Washington: Brookings Institution Press.
- Kingsbury, Benedict et al. (2005): „The Emergence of Global Administrative Law“. In: *Law and Contemporary Problems* 68, S. 15 – 61.
- Koskenniemi, Martti (2001): *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870 – 1960*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Koskenniemi, Martti (2006): *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Koskenniemi, Martti (2007): „Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization“. In: *Theoretical Inquiries in Law* 8. Nr. 1, S. 9 – 36.
- Kumm, Mattias (2009): „The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State“. In: Jeffrey Dunoff/Joel Trachtman (Hrsg.): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, S. 258 – 325.
- Kumm, Mattias (2018): „On the History and Theory of Global Constitutionalism“. In: Takao Suami/Anne Peters/Dimitri Venoverbeke/Mattias Kumm (Hrsg.): *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, S. 168 – 199.
- Lang, Anthony/Wiener, Antje (Hrsg.) (2017): *Handbook on Global Constitutionalism*. London: Edward Elgar.
- Lauterpacht, Hersch (1933): *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press.

- Lepard, Brian (2010): *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mann, Thomas (1918): *Betrachtungen eines Unpolitischen*. Berlin: S. Fischer.
- Marks, Susan (2000): *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy and the Critique of Ideology*. Oxford: Oxford University Press.
- Matsui, Shigenori (2011): *The Constitution of Japan: A Contextual Analysis*. London: Hart Publishing.
- Mishra, Pankraj (2012): *From the Ruins of Empire: The Revolt Against the West and the Remaking of Asia*. London: Allen Lane.
- Moyn, Samuel (2010): *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: Harvard University Press.
- Peters, Anne (2015): „Global Constitutionalism“. In: Michel Gibbon (Hrsg.): *The Encyclopedia of Political Thought*. London: Wiley-Blackwell, S. 1484 – 1487.
- Pinker, Steven (2011): *The Better Angels of Our Nature*. New York: Viking.
- Svarverud, Rune (2007): *International Law as World Order in Late Imperial China: Translation, Reception and Discourse 1847–1911*. Leiden: Brill.
- Tang, Chi-Hua (2012): „China-Europe“. In: Bardo Fassbender/Anne Peters (Hrsg.): *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, S. 701–723.
- Zhang, Qianfan (2012): *The Constitution of China: A Contextual Analysis*. London: Hart.